

Publicato il 15/05/2017

N. 02257/2017REG.PROV.COLL.  
N. 01822/2015 REG.RIC.



**R E P U B B L I C A I T A L I A N A**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1822 del 2015, proposto da:

Unica - Societa' Cooperativa di Abitazione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Fausto Falorni, Valter Cassola, Federico De Meo, con domicilio eletto presso lo studio Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

Unica-Società Cooperativa di Abitazione in liquidazione coatta amministrativa, rappresentato e difeso dagli avvocati Fausto Falorni, Valter Cassola, Federico De Meo, con domicilio eletto presso lo studio Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

*contro*

Comune di Scandicci, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marcello Cecchetti, Claudia Bonacchi, con domicilio eletto presso lo studio Marcello Cecchetti in Roma, piazza Barberini 12;

Consiglio Regionale della Toscana, Regione Toscana non costituiti in

giudizio;

*nei confronti di*

Germano Di Mattia, Irene Merlini, Claudio Sartini, Marzia Bartalucci, Massimo Cecconi, Sabrina Coppolaro, Lorenzo Pascucci, Francesca Gucci, Stefano Lunghi, Catuscia Coppolaro, Alessandro Monnini, Silvia Puccini, Luca Paoli, Leonardo Parigi, Marina Granocchini, Simone Puccini, Antonella Masselli, Claudia Robino non costituiti in giudizio;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. TOSCANA , SEZ. I n. 01959/2014, resa tra le parti, concernente applicazione sanzione per assegnazione alloggi peep per un corrispettivo più elevato rispetto a convenzione urbanistica stipulata

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Scandicci;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2016 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati F. Falorni, V. Cassola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con l'appello in esame la cooperativa edilizia Unica impugna la sentenza 27 novembre 2014 n. 1959, con la quale il TAR per la Toscana, sez. I, ha parzialmente accolto i ricorsi dalla stessa proposti.

La presente controversia attiene ad una complessa vicenda, relativa (in sintesi) alla edificazione di 22 sub-lotti del PEEP nel Comune di Scandicci, comprendenti 247 alloggi (poi divenuti 328) di edilizia convenzionata e mc. 1300 di spazi commerciali.

Nell'ambito di tale edificazione, che – a seguito di bando del 1999 - con deliberazione del Consiglio comunale 18 gennaio 2000 n. 4 veniva

assegnata al Consorzio Nuova Badia (raggruppamento costituito da una pluralità di operatori), la società appellante ha realizzato 100 appartamenti di propria pertinenza, ultimati nel 2009, successivamente stipulando i contratti di definitiva assegnazione dei medesimi in proprietà.

Per quel che interessa nella presente sede, ai fini della realizzazione di edilizia convenzionata ora descritta, in data 2 marzo 2006 il Comune di Scandicci, il Consorzio Nuova Badia ed i singoli operatori, sottoscrivevano la convenzione con la quale si prevedeva, tra l'altro, la cessione della proprietà dei lotti al consorzio ed ai singoli operatori, stabilendo in particolare (art. 9) che:

“nel caso di alienazione a prezzo superiore a quello determinato secondo i criteri di cui sopra sarà applicata al venditore o i suoi aventi causa una penalità a favore del Comune da due a cinque volte la differenza fra il prezzo stabilito dalla presente convenzione e quello effettivamente praticato”.

Con delibera 13 settembre 2011 n. 162, la Giunta Comunale determinava la predetta penale nella misura di “due volte la differenza fra il prezzo massimo stabilito dalla convenzione e quello effettivamente praticato”.

Il Comune di Scandicci, rilevato che per la vendita di immobili erano stati praticati prezzi superiori a quelli che avrebbero dovuto essere determinati in applicazione dei criteri in convenzione – dopo una interlocuzione con l'appellante (la quale esponeva che la differenza era sostanzialmente riconducibile a costi accessori, migliorie e varianti di capitolato richieste dalla parte assegnataria) – ingiungeva, con dieci distinti provvedimenti (che hanno dato luogo ad altrettanti ricorsi in I grado) il pagamento di somme di vario ammontare, a titolo di sanzione per l'inosservanza delle pattuizioni convenzionali, con l'avvertimento che, in caso di inottemperanza, avrebbe provveduto a riscossione coattiva.

La controversia attiene, dunque, alla legittimità della richiesta operata dal

Comune, investendo sia la natura giuridica della “penalità” (sanzione amministrativa o penale ex art. 1382 c.c.), sia, più in generale, la legittimità/validità – sotto diversi profili – della clausola della convenzione che la prevede.

2. 1. La sentenza impugnata (di oltre sessanta pagine), sulla scorta dei numerosi motivi proposti con i ricorsi, risulta articolata, in sostanza, in una pluralità di ampie riflessioni, che, ai fini della comprensione del *thema decidendum*, occorre riportare sia pure in modo sintetico, e che possono essere così indicate:

- un primo ambito di considerazioni riguarda la natura degli accordi (convenzioni) tra pubblica amministrazione e privato (in generale e nell’ambito dell’edilizia convenzionata); ciò anche al fine di definire la natura del potere esercitato, se riconducibile, cioè, all’esercizio di una potestà pubblicistica, ovvero all’istituto della penale, di cui all’art. 1382 c.c. (pagg. 19 – 28 sent.);
- un secondo ambito di considerazioni – conseguente alla scelta operata per la “natura privatistica” del potere esercitato, e dunque alla riconducibilità di quanto previsto dall’art. 9 della convenzione alla “penale” ex art. 1382 c.c. – riguarda le ragioni addotte dall’impresa ricorrente, onde giustificare il prezzo effettivamente praticato in sede di compravendita dell’alloggio (pagg. 28 – 42);
- un terzo ambito di considerazioni riguarda l’esame della eventuale nullità dell’art. 9 della convenzione per contrarietà a norme imperative ovvero per difetto o illiceità della causa (pagg. 42 – 49);
- un quarto ordine di considerazioni attiene alla determinazione dell’entità della sanzione, o meglio (secondo la scelta operata in sentenza) della penale (pagg. 49- 61).

2. 2. La sentenza ha, innanzi tutto, precisato che l’operazione in esame è da iscriversi nell’ambito della “edilizia convenzionata”, la quale è “attuata al

fine di garantire uno sviluppo ordinato dell'assetto del territorio e nello stesso tempo rispondere alle esigenze abitative popolari, mediante il calmieramento del mercato, senza impegnare risorse pubbliche, ma coinvolgendo l'imprenditoria privata in una operazione di pubblico interesse”.

Tale operazione, che “inizia con l'espropriazione e termina con il rilascio dei permessi di costruire ai soggetti assegnatari”, è regolata (oltre che, come è ovvio, dalla normativa primaria), da una convenzione, recante gli obblighi reciproci.

Tanto precisato, la sentenza afferma, in particolare:

- la convenzione è uno strumento con il quale il Comune effettua “un'operazione di sviluppo del territorio rientrante nella più generale categoria di pianificazione territoriale che gli compete istituzionalmente”; per suo tramite, quindi, l'amministrazione definisce “l'assetto del territorio dettando in via negoziale le regole per il suo sviluppo ed assumendo, correlativamente, determinati obblighi a suo carico nei confronti degli assegnatari”;

- ne consegue che la convenzione “non può essere ritenuta un contratto di diritto civile, ma deve essere inquadrata propriamente nei contratti ad oggetto pubblico, ossia quei negozi giuridici mediante i quali la pubblica amministrazione contratta con i privati interessati l'esercizio di funzioni pubblicistiche determinando reciproci doveri ed obblighi, sempre rivolti ad un fine pubblico”. In sostanza, il contratto ad oggetto pubblico si caratterizza per il fatto che “la pubblica amministrazione persegue un fine di pubblico interesse mediante uno strumento civilistico”;

- nel caso di specie, il fine di pubblico interesse è rappresentato “dall'ordinato sviluppo del territorio e dall'ampliamento dell'accesso alla proprietà abitativa a favore di più ampie fasce di popolazione”.

Poiché la “sanzione” irrogata dal Comune di Scandicci trova il proprio

fondamento nella convenzione, la sentenza ha inteso innanzi tutto determinare la natura del potere esercitato, e cioè “se si sia esercitata una potestà pubblicistica oppure un potere civilistico”. Secondo la sentenza:

- “l’accordo è uno strumento di matrice civilistica che viene utilizzato dall’amministrazione per raggiungere fini di interesse pubblico, i quali si riverberano sul medesimo condizionandolo laddove, e nella misura in cui, per legge o per pattuizione delle parti essi entrino a far parte della sua causa. L’utilizzo degli accordi nel campo del diritto pubblico è dunque condizionato dal motivo per il quale l’amministrazione si induce a stipularlo, ossia la realizzazione di fini di pubblico interesse”, il quale costituisce anche “un criterio di interpretazione”;

- tuttavia, il “condizionamento” dell’accordo non è totale ma “limitato a quelle parti in cui i rapporti tra i contraenti dell’accordo vengono, per legge o pattuizione in esso contenuta, disciplinate in modo particolare rispetto al contratto di diritto civile”;

- nondimeno, negli accordi amministrativi “all’interesse della parte pubblica si affianca quello della parte privata, la quale vi interviene per una sua finalità individuale ed egoistica, non fosse altro che quella di ridurre l’impatto e le conseguenze negative che altrimenti gli perverrebbero dall’azione unilaterale della P.A.”; ne consegue che “è proprio in virtù della loro natura ambivalente, che negli accordi - e in quelli sostitutivi di provvedimento in particolare – coesistono la medesima capacità che avrebbe avuto il provvedimento sostituito di costituire, modificare o estinguere poteri o facoltà della parte privata, con l’assunzione di vere e proprie obbligazioni di diritto civile, l’oggetto delle quali è individuato dalla prestazione al cui adempimento le parti si sono reciprocamente vincolate”;

- in definitiva, l’accordo di diritto pubblico costituisce “una fattispecie mista che da luogo ad un tertium genus tra provvedimento e contratto, nel quale la causa consiste nella realizzazione di specifici obiettivi di pubblico

interesse, costituenti il motivo per cui l'amministrazione si induce a stipulare l'accordo medesimo".

In definitiva, nel caso di specie, il Comune di Scandicci "ha fatto uso di un potere fondato e disciplinato unicamente dall'art. 9 della convenzione, nel quale non si ravvisa alcuna caratterizzazione pubblicistica". Secondo la sentenza impugnata, "tale potere trae fonte esclusivamente dall'accordo e non risulta disciplinato in modo particolare rispetto alla penale di cui all'art. 1382 del codice civile".

Ne consegue che il Comune ha irrogato la penalità "nell'esercizio di un potere privatistico, pur se finalizzato a realizzare obiettivi di pubblico interesse che restano, però, nel caso di specie, confinati nell'ambito dei motivi e non ridondano nella causa del contratto".

Al potere esercitato, quindi, "non sono applicabili le norme che disciplinano l'esercizio del potere sanzionatorio repressivo della pubblica amministrazione".

Sulla base di tali considerazioni, la sentenza ha rigettato i primi cinque motivi di ricorso, con i quali si è variamente censurato un uso non corretto del potere sanzionatorio da parte della pubblica amministrazione.

2.3. La sentenza ha successivamente proceduto, onde rispondere alla "tesi dell'inadempimento non imputabile", articolata da una ulteriore pluralità di motivi di ricorso, alla "verifica della condotta tenuta dalla cooperativa in relazione a fattori straordinari, imprevedibili ed inevitabili secondo l'ordinaria diligenza, alla stregua dei principi sanciti dagli artt. 1218 e 1467 c.c."

Basandosi su quanto risultante dalla disposta consulenza tecnica di ufficio – la quale ha effettivamente accertato "come i costi dell'intervento abbiano subito una indiscutibile lievitazione nel periodo intercorso tra il 1999, anno di pubblicazione del bando per la scelta dell'operatore privato, e il 2006, anno di stipula della convenzione", mentre non vi sono state variazioni di

rilievo tra il 2006 ed il 2009/10, “epoca di completamento delle opere e di cessione degli alloggi agli acquirenti” – la sentenza tuttavia conclude affermando che va escluso “che l’applicazione di prezzi massimi di cessione eccedenti il limite convenzionalmente stabilito fra le parti si giustifichi sul piano della non imputabilità dell’inadempimento contestato dal Comune”. Ciò in quanto:

- in linea generale, la predisposizione dello schema di convenzione ad opera della parte pubblica non toglie che la manifestazione di volontà del privato continui a costituire elemento essenziale per la formazione dell’accordo;

- posto che “al momento della sottoscrizione della convenzione, i fattori cui la ricorrente ascrive l’aumento dei costi di realizzazione dell’intervento avevano ormai dispiegato i propri effetti, a quegli stessi fattori non può essere riconosciuto il ruolo di sopravvenienze imprevedibili, giustificative dell’inadempimento all’obbligo di rispettare i prezzi massimi di cessione stabiliti dall’art. 9, quanto, in ipotesi, quello di circostanze incidenti sull’equilibrio sinallagmatico originario e, come tali, sulla validità del consenso prestato dall’operatore privato”, di modo che essi possono “eventualmente dare luogo ad un vizio genetico, ma non funzionale, dell’accordo”;

- tuttavia l’appellante, “in quanto operatore professionale del settore edilizio, non può in definitiva invocare quale esimente della responsabilità per il proprio inadempimento l’inadeguatezza del prezzo massimo da essa liberamente pattuito, essendo in possesso di tutti gli strumenti necessari per avvedersi ab origine dell’impossibilità di contenere i prezzi di cessione nei limiti a suo tempo stabiliti dal bando del 1999”.

A ciò deve essere aggiunto che:

- per effetto dell’art. 1382 c.c., in base al quale la clausola penale ha l’effetto di determinare anticipatamente e in misura forfettaria il risarcimento del

danno da ritardo o da inadempimento, indipendentemente dalla prova del danno medesimo, consegue che “ai fini dell’applicazione della penale non occorre alcuna indagine ulteriore in ordine all’entità del pregiudizio concretamente sofferto dagli interessi garantiti dalla apposizione stessa della penale”;

- né è possibile una interpretazione adeguatrice e di buona fede della convenzione, nel senso della possibilità di ritenere ammissibili prezzi di cessione superiori a quelli stabiliti dall’art. 9 (purchè in presenza di congrue e motivate ragioni giustificative), poiché “il ricorso alla integrazione del contratto, ai sensi dell’art. 1374 c.c. . . . presuppone pacificamente che la volontà dei contraenti presenti profili di incompletezza o ambiguità . . . così come l’utilizzo delle regole sull’interpretazione oggettiva dei contratti, ivi compreso l’art. 1366 c.c. sull’interpretazione di buona fede, implica la difficoltà di chiarire quale sia stata la comune interpretazione delle parti”. Ciò in quanto la convenzione non presenta “lacune contenutistiche o oscurità interpretative”, di modo che se il meccanismo ivi previsto non è “in grado di garantire l’equilibrio costi–ricavi, è questione non risolvibile in via di integrazione/interpretazione dell’accordo, giacchè di quale sia stata la reale volontà delle parti all’atto della stipula non può ragionevolmente dubitarsi”.

2.4. La sentenza ha inoltre escluso che la previsione dell’art. 9 della convenzione sia affetta da nullità per violazione di norme imperative e/o per mancanza o illiceità della causa (sostenendosi a tal fine che l’implicito presupposto della volontà negoziale sarebbe stato rappresentato da un prezzo remunerativo, idoneo ad assicurare l’equilibrio costi/ricavi e- in presenza di clausola nulla – questa sarebbe sostituita di diritto dai principi posti dalla normativa sull’edilizia convenzionata). L’argomentazione della sentenza è la seguente:

- per un verso, ed in termini generali “l’equivalenza oggettiva delle

prestazioni (non) costituisce un requisito necessario dei contratti di scambio, essendo le parti libere di determinare l'entità della prestazione e della controprestazione”;

- nel caso di specie, peraltro, lo scostamento tra i prezzi di cessione praticati e quelli determinati dalla CTU a norma della convenzione “è in media del 18%”, cioè “un valore ben lontano da quella sproporzione ultra dimidium che, ai sensi dell'art. 1448 c.c., consente di assegnare rilievo all'altrimenti irrilevante squilibrio tra le prestazioni ai fini del rimedio rescissorio”;

- per altro verso, “la causa dell'accordo non può essere rinvenuta nella remuneratività del risultato economico dell'affare per la parte privata, essendo anzi estranea al negozio di cui trattasi ogni finalità lucrativa”.

In definitiva – secondo la sentenza impugnata – non ricorre alcuna contrarietà a norme imperative, né sono riscontrabili la mancanza o illiceità della causa, “dovendo questa rinvenirsi non nella remuneratività dell'intervento edilizio, ma nella necessità di contenere il prezzo di vendita degli alloggi nei limiti fissati dalla stessa convenzione a tutela della finalità di pubblico interesse di soddisfare le esigenze abitative popolari mediante il calmieramento del mercato, propria dell'istituto disciplinato dall'art. 35 della l. n. 865/1971”.

2.5. La sentenza ha, infine, affrontato le questioni relative alla determinazione in concreto dell'entità della penale, ribadendo, appunto, che nel caso di specie non ricorre esercizio di potere sanzionatorio pubblicistico.

Quanto alla supposta “eccessiva onerosità” della somma da corrispondere, in applicazione dell'art. 9 della convenzione, la sentenza sottolinea che il criterio di valutazione da utilizzare “al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare meritevole di tutela . . . ha natura oggettiva, dovendosi tener conto non della situazione soggettiva del

debitore e del riflesso che la penale possa avere nel suo patrimonio, ma solo dello squilibrio tra le posizioni delle parti, senza che occorranò ragioni di pubblico interesse che ne giustifichino l'ammontare”

Nel caso di specie, peraltro, non viene dimostrata l'eccessiva onerosità della somma che la cooperativa dovrà versare a titolo di penale, che, peraltro, il Comune di Scandicci, con la delibera n. 162/2011, ha contenuto nel limite minimo di oscillazione previsto dall'art. 9 della convenzione.

Quanto alla concreta determinazione della differenza di prezzo (sulla quale calcolare percentualmente la penale):

- il prezzo di cessione deve essere calcolato, ai sensi dell'art. 9, con l'applicazione del prezzo unitario massimo prestabilito per mq. di superficie complessiva (come definita dall'art. 6 D.M. 3 agosto 1994), non potendosi invece considerare “altri elementi quali, in particolare, la superficie assentita con il permesso di costruire”;
- il prezzo di cessione si ottiene scorporando il “valore economico dei miglioramenti personali”, che “costituisce corrispettivo delle integrazioni costruttive concordate, pattuito tra cooperativa e privato”. Si tratta, in questo caso, di una “contrattazione autonoma tra impresa e privato, estranea al rapporto pubblicistico tra comune e cooperativa affidataria dei lavori”;
- gli oneri di preammortamento e di interesse del mutuo assunto non devono essere ricompresi nel limite massimo di prezzo, poiché essi “non rappresentano un costo generale dell'intervento, ma una spesa anticipata dall'impresa a vantaggio di coloro che non dispongono di contanti necessari al pagamento del prezzo di compravendita dell'appartamento”.

3. Avverso tale decisione vengono proposti i seguenti motivi di appello (come desunti e sintetizzati dalle pagg. 39 – 264 del ricorso):

- a) violazione dell'art. 35 l. n. 865/1971; dell'art. 1382 c.c.; dell'art. 8 l. n. 10/1977 e dell'art. 18 DPR n. 380/2001; degli artt. 1, 2, 3, 7, 10, 10-bis e

11 l. n. 241/1990; dell'art. 1 l. n. 689/1981; violazione del principio del contraddittorio e dei principi di trasparenza e correttezza dell'azione amministrativa; violazione art. 97 Cost.; violazione art. 107, co. 6, d. lgs. n. 267/2000; violazione dei principi generali dell'azione amministrativa; motivazione carente, illogica e contraddittoria; ciò in quanto non appare corretto il presupposto generale, secondo il quale l'esercizio delle facoltà aventi origine nell'art. 11 l. n. 241/1990 "troverebbe la sua disciplina esclusivamente nel reciproco scambio di consenso delle parti, così da costituire espressione delle disposizioni civilistiche in materia di obbligazioni e contratti"; al contrario, l'attività amministrativa "rimane soggettivamente ed intrinsecamente pubblicistica" di modo che "l'esercizio dei poteri che trovano origine negli accordi costituisce l'estrinsecazione di funzioni pubblicistiche, a cui possono essere applicate anche le regole in materia di obbligazioni e contratti, se ciò non è incompatibile con la potestà esercitata". Di conseguenza, "la sanzione o penale prevista dall'art. 9 non può essere qualificata in termini puramente privatistici", posto che il suo fondamento non è l'art. 1382 c.c., bensì gli artt. 35 l. n. 865/1971 e 8 l. n. 10/1977 (poi art. 18 DPR n. 380/2001); in conclusione, "il Comune - in un ambito in cui esercita poteri pubblicistici - non può introdurre sanzioni o penali che nella disciplina pubblicistica della materia non trovano alcuna fonte", né "il Comune subisce alcun danno dall'aumento dei prezzi degli alloggi realizzati".

Di conseguenza, l'appellante ripropone alla considerazione del Giudice di appello le doglianze esposte con i primi cinque motivi di ricorso, e precisamente:

a1) violazione degli artt. 3, 7 e 10 l. n. 241/1990; violazione del principio del contraddittorio e dei principi di trasparenza e di correttezza dell'azione amministrativa; eccesso di potere per contraddittorietà e per difetto assoluto di motivazione, essendo mancata la comunicazione di avvio del

procedimento e, dunque, ogni fase partecipativa coinvolgente il privato;

a2) violazione degli artt. 1, 3, 7 e 10 l. n. 241/1990; art. 97 Cost.; art. 107, co. 6, d. lgs. n. 267/2000; eccesso di potere per carenza di motivazione, contraddittorietà, illogicità manifesta, difetto assoluto di istruttoria; poiché non si è “tenuto conto delle memorie istruttorie e delle relative relazioni tecniche”, così non evidenziando – ai fini della determinazione della sanzione – la corretta individuazione della superficie complessiva, le miglorie espressamente consentite; le miglorie “personali” richieste dagli acquirenti”;

a3) violazione artt. 1 e 2 l. n. 241/1990; violazione dei principi generali dell'azione amministrativa; eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà; poiché il provvedimento sanzionatorio è stato emanato senza che l'amministrazione abbia tenuto conto delle istanze con le quali si era richiesto di interpretate ed eventualmente modificare la convenzione “in modo da pervenire al risultato di riconoscere che il prezzo di cessione dell'alloggio era congruo e rispondente ai principi in materia di edilizia PEEP”;

a4) violazione artt. 2, 3, 7, 10 e 10-bis l. n. 241/1990; violazione dei principi generali dell'attività amministrativa, poiché la reiezione delle istanze dell'attuale appellante – peraltro priva di motivazione - non è stata preceduta dalla comunicazione dei motivi ostativi e contrasta con gli esiti dell'istruttoria di cui alla nota 31 gennaio 2012 del dirigente del settore edilizia ed urbanistica;

a5) violazione degli artt. 1 l. n. 689/1981; 35 l. n. 865/1971; 8 l. n. 10/1977 e 18 DPR n. 380/2001; carenza assoluta di potere; eccesso di potere per perplessità manifesta; ciò in quanto “l'istituto che il Comune di Scandicci ha utilizzato (è) quello della sanzione amministrativa”, e “le sanzioni amministrative possono essere disposte solo dal legislatore, quando ritiene di sanzionare comportamenti antisociali non di gravità tale da giustificare

l'applicazione di una sanzione penale”; in ogni caso, fermo che “la potestà sanzionatoria deve essere prevista dalla legge”, la legge stessa “deve contenere quantomeno indicazioni e parametri per la concreta determinazione della sanzione”. A fronte di ciò, “nessun fondamento legislativo vi è che possa giustificare l'applicazione . . . della sanzione irrogata con il provvedimento impugnato”;

b) violazione art. 133 Cpa; violazione art. 11 l. n. 241/1990; motivazione carente, illogica e contraddittoria; poiché alla reiezione della proposta eccezione di irricevibilità per tardività della impugnazione della convenzione – reiezione condivisa nell'esito – occorre pervenire con diversa motivazione , e cioè – in coerenza con la natura pubblicistica degli accordi e dei poteri esercitati dall'amministrazione – affermandosi che dagli accordi nascono posizioni di diritto soggettivo perfetto e i rapporti nascenti dagli accordi sono disciplinati da norme di relazione, con conseguente esclusione di ogni applicabilità della decadenza alle impugnazioni proposte;

c) violazione art. 35 l. n. 865/1971; violazione art. 1382 c.c.; violazione art. 8 l. n. 10/1977 e 18 DPR n. 380/2001; motivazione carente, illogica e contraddittoria; illegittimità derivata; laddove la sentenza esclude, in via generale (par. 9) la natura provvedimento delle ordinanze impugnate;

d) violazione art. 11 l. n. 241/1990; art. 3 l. n. 689/1981; artt. 1218 e 1382 c.c.; violazione dei principi generali in materia di sanzioni amministrative e di penali civilistiche; violazione dei principi in materia di edilizia economica e popolare; motivazione carente, illogica e contraddittoria; poiché “il formale superamento del prezzo previsto dall'art. 9 della Convenzione è dovuto ad una serie di elementi indipendenti dalla volontà e dal comportamento (dell'attuale appellante) ma imputabili in gran parte all'amministrazione comunale”. Pertanto, la sentenza “avrebbe dovuto tener conto di tutti quei fattori di aumento dei costi che si sono verificati

nel periodo 1999-2006, che hanno condotto la ricorrente a dover necessariamente incrementare i prezzi degli alloggi rispetto a quelli stabiliti nel bando e nella convenzione”, riconoscendosi al tempo stesso “la necessità di applicare, quale meccanismo di adeguamento dei prezzi, quello dell’incremento della variazione dell’indice ISTAT dei costi di costruzione, dalla data di stipula della convenzione a quella dei rogiti notarili di assegnazione degli alloggi”;

e) violazione dei principi generali in materia di sanzioni amministrative; violazione artt. 1218 e 1382 c.c.; motivazione errata, illogica e contraddittoria, poiché l’applicazione di una conseguenza sfavorevole a carico del privato (che si tratti di sanzione o di penale) richiede la violazione dell’interesse pubblico tutelato dalla norma sanzionatoria e/o che abbia arrecato un pregiudizio al soggetto cui quell’interesse è riferibile; al contrario, nel caso di specie, non è presente alcun danno e dunque “difetta il presupposto per l’applicazione di ogni penale civilistica” e, poiché “il prezzo praticato è quello che deriva dalla corretta applicazione delle norme e dei principi in materia di alloggi PEEP. . . ciò significa che non vi è alcuna violazione di profili di interesse pubblico, né vi è alcun possibile pregiudizio agli interessi la cui tutela possa competere al Comune di Scandicci”;

f) violazione degli artt. 1175, 1337, 1339, 1362, 1363, 1366, 1368, 1371, 1374 e 1375 c.c.; violazione del principio di buona fede; violazione art. 4, lett. c) e art. 6, co. 1, lett. f) della convenzione del 2 marzo 2006; motivazione carente, illogica e contraddittoria; ciò in quanto – rilevato un “insanabile contrasto” tra la relazione generale al Programma Integrato di Intervento e la Convenzione, che pure la richiama – il principio desumibile dalla relazione di “equilibrio costi/ricavi – remuneratività dell’intervento”, deve “costituire la chiave per interpretare la Convenzione nel momento in cui il prezzo, rigidamente e formalmente determinato secondo il

meccanismo dell'art. 9, risulta essere un prezzo assolutamente irrealistico che non assicura l'equilibrio costi/ricavi e che non remunera il livello qualitativo (architettonico e funzionale) degli edifici". Ne consegue che "il prezzo indicato nella Convenzione deve essere ricondotto ad equità", e ciò anche in forza del principio di buona fede;

g) violazione artt. 1418, 1325 e 1343 c.c.; art. 35 l. n. 865/1971; art. 8 l. n. 10/1877 e 18 DPR n. 380/2001; motivazione carente, illogica e contraddittoria, poichè la pattuizione relative al prezzo, se non interpretata nel senso innanzi proposto, è "invalida e/o nulla, essendo il prezzo medesimo assolutamente inadeguato rispetto all'intervento realizzato", poichè "le norme e gli atti amministrativi devono preoccuparsi anche . . . di consentire all'assegnatario dell'area di ottenere – attraverso l'assegnazione degli alloggi – il recupero di tutte le spese sostenute ed anche un margine di utile", con la conseguenza che "ove ciò non si realizzi, si può fondatamente denunciare la nullità della convenzione per assenza di causa";

h) violazione art. 1384 c.c.; violazione art. 11 l. n. 689/1981; violazione dei principi generali in materia di sanzioni amministrative e di penali civilistiche; motivazione carente, illogica e contraddittoria; stante la esorbitanza ed irragionevolezza degli importi (quale che sia la natura del titolo) richiesti dal Comune di Scandicci. Ed infatti "anche alle conseguenze patrimoniali sfavorevoli inserite nelle convenzioni stipulate tra l'amministrazione ed i soggetti privati – aventi natura di accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 – si applicano i principi di proporzionalità", con la conseguenza che il giudice "avrebbe dovuto ridurre la sanzione o penale, anche ai sensi dell'art. 1384 c.c., in quanto di misura assolutamente arbitraria ed esorbitante, anche in relazione all'interesse oggettivo del preteso creditore (l'amministrazione comunale)";

i) violazione artt. 6, 7 e 9 della convenzione del 2 marzo 2006; violazione art. 6 D.M. 5 agosto 1994; motivazione carente, illogica e contraddittoria; in

quanto la sentenza deve essere censurata “nella parte in cui non assume la superficie complessiva effettivamente realizzata (“Sc”)” ai fini del calcolo del prezzo (e dunque della conseguente penalità). Inoltre, la sentenza è contestata per il fatto che “non contiene l’integrale valutazione delle superfici extrasagoma (quindi senza la limitazione del 50% effettuata dal CTU) e non computa correttamente i vani scala, le mansarde ed i terrazzi e le coperture piane in copertura (e quindi recepisce le riduzioni operate dal CTU);

l) violazione artt. 4, 6 e 9 della convenzione del 2 marzo 2006; motivazione carente, illogica e contraddittoria; in quanto non sono state considerate le migliorie di cui all’art. 6, primo comma, lett. f) della convenzione, posto che esse “sono state la conseguenza o di normative (tecniche e del corretto costruire) sopravvenute, o della diversa progettazione imposta dall’amministrazione comunale, oppure di carenze del PEEP messo a bando”;

m) motivazione carente, illogica e contraddittoria, con riferimento alla parola “scorporo”, utilizzata in riferimento alla (pur ammessa dalla sentenza) considerazione delle migliorie personali, potendo essa intendersi come “sottrazione”;

n) motivazione carente, illogica e contraddittoria; illegittimità derivata; con riferimento alla più precisa indicazione in sentenza dei motivi accolti.

Infine, l’appellante rimette al Collegio ogni valutazione circa la necessità di disporre una nuova CTU.

4. Si è costituito in giudizio il Comune di Scandicci, con memoria (di 76 pagine) recante anche appello incidentale.

Innanzitutto, il Comune ha comunque richiesto il rigetto dell’appello, stante la sua infondatezza.

Inoltre, il Comune ha impugnato la sentenza (pur ritenuta “nella sostanza soddisfattiva dei diritti e degli interessi dell’amministrazione comunale”: v.

pag. 45 memoria), proponendo i seguenti motivi di appello:

aa) violazione art. 88 Cpa; erroneità della motivazione; violazione e falsa applicazione art. 35 l. n. 865/1971 e art. 11 l. n. 241/1990; ciò in quanto - pur aderendo alla riconduzione della penale di cui all'art. 9 della Convenzione all'esercizio di un potere privatistico ancorchè finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico – la sentenza “ha trascurato di considerare il fondamento normativo, oltre che pattizio, della penale applicata dal Comune, rappresentato dall'art. 35 della l. n. 865 del 1971”, ed in particolare il comma 14 del medesimo, in cui “si trova anche la copertura legislativa della penale prevista dalla convenzione”, penale che è dunque “contenuto necessario, prima ancora che pattizio, della convenzione”;

bb) violazione art. 88 Cpa; erroneità della motivazione; violazione e falsa applicazione art. 35 l. n. 865/1971 e art. 11 l. n. 241/1990; ciò in quanto gli atti con i quali il Comune ha applicato la penale – a differenza di quanto sostenuto in sentenza – hanno contenuto provvedimento; ed infatti, “se si riconosce . . . che le penali applicate dal Comune di Scandicci costituiscono contenuto necessario della Convenzione in forza dell'art. 35 della legge n. 865 del 1971, oltre che dell'art. 1382 c.c., appare di tutta evidenza come non si possa escluderne in alcun modo il carattere *lato sensu* provvedimento”;

cc) violazione art. 88 Cpa; violazione e falsa applicazione art. 35 l. n. 865/1971 e art. 11 l. n. 241/1990; erroneità della motivazione; omessa pronuncia; poiché “l'accoglimento della tesi della Convenzione in termini di accordo sostitutivo del provvedimento e delle penali quale contenuto necessario di essa e, quindi, al pari delle altre disposizioni, norma imperativa, non può che portare a concludere per la tardività delle censure che la cooperativa ha mosso nei confronti della Convenzione”, che avrebbe dovuto essere impugnata entro il termine decadenziale di sessanta giorni (e

cioè in detto termine, decorrente “dal momento in cui, nel 2006, hanno sottoscritto la convenzione che prevedeva i medesimi prezzi del 1999 ed un indice di rivalutazione che oggi invece si vuole contestare”. Allo stesso modo, la riproposizione dell’eccezione di tardività riguarda anche l’omessa impugnazione, entro il termine decadenziale, della delibera di GM n. 162/2011, “con cui l’amministrazione comunale ha fissato in due volte la differenza tra il prezzo di cessione effettivamente praticato e quello da convenzione l’ammontare delle penali da applicare per la violazione di quest’ultimo”. Infine, anche a voler condividere la tesi esposta in sentenza in ordine alla natura di diritto soggettivo delle posizioni giuridiche derivanti dagli accordi, la domanda “doveva essere qualificata in termini di azione di annullamento, soggetta quindi, ai sensi dell’art. 1442 c.c. al termine prescrizione di cinque anni, decorrenti, nei casi diversi dai vizi del consenso o da incapacità legale, dal giorno della conclusione del contratto”;

dd) violazione art. 88 Cpa; violazione e falsa applicazione D.M. 5 aprile 1994; carenza e comunque erroneità della motivazione; difetto di istruttoria; nella parte in cui la sentenza, fondandosi sulla CTU, determina “un errato computo della superficie complessiva, ivi indicata come Sc\*, presa a riferimento per il calcolo del prezzo di cessione come da convenzione”;

ee) violazione art. 88 Cpa; violazione e falsa applicazione art. 35 l. n. 865/1971 e art. 11 l. n. 241/1990; omessa pronuncia e comunque carenza e/o erroneità della motivazione; difetto di istruttoria; poiché, ai fini del calcolo del prezzo di cessione: ee1) l’aggiornamento del prezzo di cessione degli alloggi mediante applicazione dell’indice ISTAT è stato fatto decorrere dall’aprile 1999 e non già dal gennaio 2000; ee2) l’esclusione dal prezzo della voce relativa alle migliorie personali può avvenire a condizione che le stesse siano “inequivocabilmente documentate ed espressamente

accettate dai richiedenti”; ee3) nella voce “maggiori oneri espropri” è stato riportato un importo complessivo pedissequamente ricavato dai contratti, senza alcun riscontro con le diverse risultanze documentali agli atti del Comune;

ff) violazione art. 88 Cpa; carenza e comunque erroneità della motivazione; omessa pronuncia e difetto di istruttoria; ciò in quanto – pur concordando con la sentenza laddove essa conclude escludendo che la violazione dei prezzi di cessione sia la conseguenza di “una patologia funzionale del rapporto obbligatorio che ne ha, sostanzialmente, impedito l’adempimento” – non può essere accettato: ff1) che l’aumento dei costi sia dovuto, anche solo in parte, a “presunte sostanziali modifiche apportate al progetto iniziale chieste ed approvate dal Comune”; ff2) che il detto aumento sia dovuto anche “alla concomitanza di una serie di fattori obiettivi di aumento dei costi, a partire dall’incremento dei prezzi successivo al passaggio dalla lira all’euro, per proseguire con l’entrata in vigore di normative tecniche in campo idraulico-termoacustico e di sicurezza, tutte comportanti maggiori oneri costruttivi”.

Anche il Comune di Scandicci ha richiesto, in via istruttoria, per il caso in cui si ritenesse di non confermare la sentenza impugnata, di disporre una nuova CTU.

4. Successivamente, con atto datato 30 novembre 2015, si è costituita in giudizio “unica – società cooperativa di abitazione in liquidazione coatta amministrativa”, facendo proprie “tutte le argomentazioni, le deduzioni e le conclusioni già formulate” dall’appellante originario.

Sia la Cooperativa edilizia Unica, sia il Comune di Scandicci hanno depositato memorie e repliche (per un totale di 61 pagine la prima e di 83 il secondo).

La Cooperativa ha inoltre richiesto il rigetto dell’appello incidentale del comune, stante la sua infondatezza.

Infine, all'udienza pubblica di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

## DIRITTO

5. L'appello proposto dalla Cooperativa edilizia Unica, è infondato e deve essere respinto salvo che in relazione al primo e terzo motivo, da accogliersi nei limiti di seguito esposti. E' altresì infondato e deve essere respinto l'appello incidentale proposto dal Comune di Scandicci.

Pertanto, deve essere confermata la sentenza impugnata, con le modiche ed integrazioni di motivazione di seguito esposte.

6. Al fine di meglio comprendere il *thema decidendum* della presente controversia – che si caratterizza per particolare complessità in ragione della natura delle questioni trattate e del numero ed ampiezza dei motivi di impugnazione – appare opportuno individuare, per il tramite dei motivi di ricorso, le questioni sottoposte all'esame nel presente giudizio di appello. In sostanza:

a) una prima, preliminare questione (ma che verrà trattata di seguito al secondo ordine di questioni, che ne condiziona l'esame) riguarda la irricevibilità per tardività dell'impugnazione, in quanto rivolta avverso la convenzione del 2006 (il cui art. 9 prevede la penale oggetto di giudizio) e la delibera GM n. 162/2011 (che ne ha definito la misura). A tale questione, pertengono i motivi sub lett. cc) dell'appello incidentale e sub lett. b) dell'appello principale, come riportati nell'esposizione in fatto;

b) un secondo ordine di questioni, riguarda la natura del potere esercitato dalla Pubblica Amministrazione, e cioè se questo abbia fondamento pubblicistico (tale essendo la natura dell'accordo sottoscritto ai sensi dell'art. 11 l. n. 241/1990, ma in questo caso viene contestata dall'appellante principale l'esistenza di un fondamento normativo primario) ovvero privatistico, dovendosi ricondurre (come affermato dalla sentenza impugnata) la penale prevista in convenzione, all'art. 1382 c.c. (ed in questo

caso, pur concordando, l'appellante incidentale ritiene comunque carente la motivazione della sentenza). A tale primo ordine di questioni possono essere riportati i motivi sub lett. a) – con riproposizione dei motivi sub lett. da a1) ad a5) – e c) dell'appello principale, nonché i motivi sub lett. aa) e bb) dell'appello incidentale;

c) un terzo ordine di questioni riguarda la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della penale (anche a prescindere dalla natura giuridica della stessa). A tale ordine vanno ricondotti i motivi sub lett. d), e), f) e g) dell'appello principale e – trattandosi di motivo, per così dire, in punto di esatta interpretazione della motivazione della sentenza – anche il motivo sub lett. ff) dell'appello incidentale;

d) infine, un quarto ordine di questioni riguarda la determinazione in concreto della penale, con riferimento ai singoli elementi a tal fine considerati. A tale aspetto vanno riferiti i motivi sub lett. h), i), l), m), n) o) dell'appello principale, e sub lett. dd) ed ee) dell'appello incidentale.

7. 1. Come si è innanzi esposto, la sentenza impugnata ha affermato che il Comune ha irrogato la penalità “nell'esercizio di un potere privatistico, pur se finalizzato a realizzare obiettivi di pubblico interesse che restano, però, nel caso di specie, confinati nell'ambito dei motivi e non ridondano nella causa del contratto”; un potere, dunque, al quale “non sono applicabili le norme che disciplinano l'esercizio del potere sanzionatorio repressivo della pubblica amministrazione”.

Più precisamente, il Comune di Scandicci “ha fatto uso di un potere fondato e disciplinato unicamente dall'art. 9 della convenzione”, privo di “caratterizzazione pubblicistica” e che “trae fonte esclusivamente dall'accordo e non risulta disciplinato in modo particolare rispetto alla penale di cui all'art. 1382 del codice civile”.

Secondo la sentenza, la convenzione urbanistica (il cui art. 9 prevede la penale in esame) rientra nel più ampio genus degli accordi previsti dall'art.

11 della l. n. 241/1990, definito quale “strumento di matrice civilistica che viene utilizzato dall’amministrazione per raggiungere fini di interesse pubblico, i quali si riverberano sul medesimo condizionandolo”, ma ciò limitatamente “a quelle parti in cui i rapporti tra i contraenti dell’accordo vengono, per legge o pattuizione in esso contenuta, disciplinate in modo particolare rispetto al contratto di diritto civile”;

7.2. La ricostruzione degli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 come “strumenti di matrice civilistica”, e la conseguente riconduzione della “penale” dagli stessi prevista per casi di inadempimento alla “clausola penale”, di cui all’art. 1382 c.c., non è condivisa dalla recente giurisprudenza della Sezione (si vedano, tra le altre, Cons. Stato, sez. IV, 19 agosto 2016 n. 3653 e 3 dicembre 2015 n. 5510), con considerazioni che si intendono ribadire e precisare nella presente sede..

Come è noto, la legge 7 agosto 1990 n. 241 disciplina nell’art. 11, in via generale, gli “accordi” tra privati e pubblica amministrazione; e ciò ancora oggi, pur dopo che il legislatore, con la modifica introdotta dalla legge n. 15/2005, ha sostituito alla precedente rubrica, quella, di ambito più ristretto, recante “accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento”.

Nell’ambito della predetta disposizione, risultano convivere (ed essere unitariamente disciplinate) figure affatto diverse, per le quali le norme del medesimo articolo non possono trovare applicazione uniforme (o non sempre possono trovare applicazione), poiché non omogenea è la figura di accordo concretamente considerata.

Come segnalato da subito dall’Adunanza Generale del Consiglio di Stato (parere 17 febbraio 1987 n. 7/1987). sotto la comune dizione di “accordi”, sono richiamati (e succintamente disciplinati) sia moduli più propriamente procedimentali, cioè attinenti alla definizione dell’oggetto dell’esercizio del potere provvedimento, sia accordi con contenuto più propriamente contrattuale, veri e propri contratti ad oggetto pubblico – secondo una

definizione comunemente invalsa - in quanto disciplinanti aspetti patrimoniali connessi all'esercizio di potestà.

La presenza contemporanea delle due figure rende distinta e, per così dire, "asimmetrica" l'applicazione delle stesse norme desumibili dall'art. 11, quali, in particolare, il comma 2, relativo all'applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, ovvero il comma 4, concernente la possibilità offerta alla P.A. di recesso dall'accordo.

Per un verso, dunque, la generale disciplina dell'art. 11 trova applicazione (anche) nel caso di "convenzioni" con contenuto patrimoniale, afferenti tuttavia al previo esercizio di potestà (quegli atti bilaterali che sono ordinariamente ricondotti alla categoria definita come "contratti di diritto pubblico" o "a oggetto pubblico"); per altro verso, essa deve applicarsi anche ad ipotesi in cui, difettando ogni "substrato patrimoniale", il richiamo - ad esempio - alla applicabilità dei principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, risulta avere un ambito di applicazione se non nullo, certamente più ristretto.

7.3. In particolare, nell'ambito degli accordi privi di contenuto patrimoniale, occorre ulteriormente distinguere tra "accordi integrativi del provvedimento", la cui funzione è quella di "determinare il contenuto discrezionale del provvedimento finale", ed "accordi sostitutivi del provvedimento", che, appunto, a quest'ultimo si sostituiscono.

Nel primo caso, l'accordo rappresenta solo una modalità della fase decisionale, nella quale la definizione del contenuto concreto dell'esercizio della potestà non avviene unilateralmente, bensì attraverso la partecipazione attiva dell'interessato all'emanazione del provvedimento finale.

In questa ipotesi, anzi, può affermarsi che il più rilevante momento partecipativo offerto dalla l. n. 241/1990 al privato è costituito proprio dal suo possibile coinvolgimento nella fase decisionale.

Infatti, come è evidente, l'accordo costituisce solo un modulo interno al procedimento, privo di rilevanza esterna, poichè il procedimento è destinato comunque a concludersi con l'emanazione del provvedimento finale, ed allo stesso risultano poco applicabili – proprio perché “non compatibili” - i principi del codice civile in tema di obbligazioni e contratti. Né tale accordo può, ovviamente, incidere sull'ambito e limiti dell'esercizio legittimo del potere discrezionale.

Se, infatti, ciò che costituisce l'oggetto dell'accordo è “il contenuto discrezionale del provvedimento”, deve necessariamente escludersi che – con riferimento ad un caso concreto – possano rappresentarsi (come mera conseguenza di due differenti modalità procedurali) due distinti modi, ambedue legittimi, di esercizio del potere discrezionale, e ciò come conseguenza del fatto che la definizione del “contenuto” avvenga unilateralmente o per il tramite di accordo.

Ciò che si realizza nel caso di specie, come si è già affermato, è solo la partecipazione attiva dell'interessato alla fase decisionale, in modo che, attraverso la diretta rappresentazione (anche in questa fase) della propria posizione di interesse legittimo, quest'ultimo riesca ad ottenere una tutela maggiore ed una migliore “parametrazione” della discrezionalità, derivante proprio dal confronto rispetto ad una valutazione e scelta unilateralmente assunti.

Allo stesso tempo, appare evidente come gli elementi essenziali del contratto (ex art. 1325 c.c.), ed in particolare, la causa, non risultano coerenti con tale tipo di accordo, proprio perché non sussiste alcun contenuto patrimoniale riconducibile allo stesso.

In definitiva, la partecipazione procedimentale disciplinata dal Capo III della l. n. 241/1990, vista come una migliore forma di tutela della posizione sostanziale fin dal procedimento amministrativa (e, dunque, prima del momento epifanico di esercizio del potere), raggiunge il suo

momento più pieno, superando il limite della fase istruttoria (cui sono dedicati gli artt. 7 – 10 l. n. 241/1990), per proporsi anche (sempre che l'amministrazione lo consenta, ai sensi del comma 4-bis dell'art. 11) nella fase decisionale.

Il “vantaggio” di tale accordo per l'amministrazione – che ben potrebbe procedere unilateralmente – consiste nella migliore comparazione degli interessi (pubblico e privato) coinvolti, con un esercizio del potere discrezionale tendenzialmente più adeguato al caso concreto, e con il risultato della inoppugnabilità dell'atto emanato da parte del diretto interessato, che, sottoscrivendo l'accordo, vi ha prestato acquiescenza.

7.4. L'accordo sostitutivo di provvedimento, invece, costituisce, in senso stretto, un atto – bilaterale e non unilaterale – di conclusione del procedimento amministrativo, con il quale, all'esercizio unilaterale del potere discrezionale, si sostituisce la definizione consensuale del caso concreto, di modo che gli effetti giuridici che sarebbe derivati dal provvedimento amministrativo, conseguono ora all'accordo delle parti.

Questa figura “più ristretta” di accordo sostitutivo si accompagna ad altre figure - ad essa affini ma non identiche - rappresentate da quegli accordi cd. ausiliari e/o accessivi al provvedimento (si pensi al caso delle cd. concessioni-contratto) ovvero ad accordi sostitutivi di procedimento (dove il modulo bilaterale è sostitutivo non solo del provvedimento finale, ma anche dell'intero procedimento o di parte di esso, come nel caso delle convenzioni di lottizzazione e, in genere, delle convenzioni urbanistiche).

In queste ipotesi, l'accordo regola aspetti patrimoniali dell'esercizio della potestà e, dunque, è riconducibile alla figura del cd. “contratto ad oggetto pubblico”.

7.5. In tale variegato contesto, sia la imperatività del provvedimento amministrativo, sia la applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti agli accordi dell'amministrazione (riconducibili o meno alla

generale figura del contratto), incontrano limiti conseguenti alla tipologia di accordo cui gli stessi devono essere applicati.

In linea generale, non appare possibile affermare che gli accordi tra privati e pubblica amministrazione sono accordi che ricadono sotto la (diretta) disciplina del diritto privato. Ed infatti:

- sul piano normativo, l'art. 1, co. 1, l. n. 241/1990, nel disciplinare in via generale l'azione della Pubblica Amministrazione, prevede che questa agisca "secondo le norme di diritto privato" nei soli casi di atti di natura non autoritativa, e salvo che, anche in tali specifiche ipotesi, "la legge disponga diversamente". Ciò, per un verso, fa comprendere come l'applicazione delle norme di diritto privato all'attività amministrativa costituisca eccezione e non regola; per altro verso, rende necessario comprendere se gli accordi sostitutivi (o taluni di essi) possano effettivamente essere considerati privi di natura autoritativa, posto che basta rilevare, in senso favorevole alla persistenza dell'autoritatività, la loro idoneità a produrre effetti anche nella sfera giuridica di terzi, come è invece impossibile che avvenga per gli ordinari contratti, alla luce dell'art. 1372 c.c.;

- sempre sul piano normativo, il co. 4-bis del medesimo art. 11 richiede la previa adozione di una determinazione, onde chiarire le ragioni per le quali l'amministrazione addiviene all'accordo, e ciò "a garanzia dell'imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa", così come, in modo concorrente e coerente, il co. 2 prevede che gli accordi "devono essere motivati ai sensi dell'art. 3". In sostanza, per il tramite della determinazione precedente e/o della motivazione che "funge da preambolo" all'accordo medesimo, il legislatore indica che l'abbandono dell'esercizio unilaterale della potestà non deve comportare la perdita delle ragioni che hanno determinato l'amministrazione all'accordo (in luogo del provvedimento) e delle finalità di interesse pubblico che essa intende perseguire (e meglio)

con l'accordo;

- sul piano ontologico, l'applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti trova in ogni caso un limite, e dunque una conseguente necessità di adattamento, nella immanente presenza dell'esercizio di potestà pubbliche, e nelle finalità di pubblico interesse cui le stesse sono teleologicamente orientate;

- la predetta "immanenza" dell'esercizio delle potestà pubbliche (e dunque, delle finalità di pubblico interesse perseguite anche dall'accordo: art. 1, co. 1-bis, art. 11, co. 3 e 4-bis l. n. 241/1990 cit.) giustifica anche la persistenza della imperatività (ovvero autoritarità, come altrimenti definita), propria del provvedimento amministrativo, anche nelle ipotesi in cui questo venga sostituito da accordo. Ciò appare evidente nel caso di accordo sostitutivo "in senso stretto", mentre risulta un elemento esterno e "collegato" al tema degli accordi a contenuto patrimoniale, dove il principio di imperatività permane nel provvedimento di cui l'accordo è ausiliario e costituisce anche, come di seguito esposto, una riprova della differente "causa" dei contratti ad oggetto pubblico (o di diritto pubblico, come anche definiti).

Diversamente argomentando, risulta difficile attribuire all'accordo (cui pure si vuole riconoscere natura e disciplina privatistica), la caratteristica principale del provvedimento amministrativo, e cioè la suscettività del medesimo di produrre effetti anche nella sfera giuridica dei terzi, riconducibile al principio di imperatività.

Né è sufficiente affermare, a tal fine, che i terzi sono tenuti ad una situazione di rispetto delle posizioni giuridiche e delle obbligazioni emergenti dal contratto, così come normalmente avviene per i contratti e rapporti di diritto privato, fino al punto da essersi individuata una "opponibilità erga omnes" del contratto.

Nel caso di specie, infatti, per un verso, i "terzi" non sono soggetti estranei al rapporto, quanto soggetti cui la stessa legge n. 241/1990 (art. 7)

attribuisce la posizione di controinteressati (e, dunque, di titolari di posizioni giuridiche tutelabili nel procedimento tanto quanto quella del soggetto istante); per altro verso, la situazione che si richiede al “terzo” non è di mera inerzia (il “non fare” nulla che incida sui rapporti contrattuali), quanto piuttosto quella del “pati”, del “soggiacere”, tipica di coloro che vedono ineluttabilmente incisa la propria sfera giuridica da un potere cui l’ordinamento riconosce tale (lecita) possibilità.

Infine, la diversa, innanzi rappresentata, natura degli accordi tra privati e pubblica amministrazione si riverbera anche sulla natura stessa delle posizioni giuridiche nascenti dall’accordo, le quali non possono essere immediatamente ricondotte alla posizione del diritto soggettivo.

Non a caso, d’altra parte, fin dalla sua prima formulazione, l’art. 11 l. n. 241/1990 (co. 5) ed ora l’art. 133, co. 1, lett. a) n. 2 Cpa ha riconosciuto in materia di accordi la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Ne consegue che, nel caso di accordi integrativi ovvero di accordi sostitutivi, innanzi definiti “in senso stretto” ovvero privi di contenuto patrimoniale, la posizione del privato resta una posizione di interesse legittimo, consolidata nel primo caso dalla aspettativa all’emanazione di un provvedimento conforme, nel contenuto, a quanto risultante dall’accordo.

Nel caso di accordi sostitutivi cui può essere ricondotta anche la categoria delle “convenzioni” ovvero dei contratti di diritto o ad oggetto pubblico, appare evidente la tradizionale “compresenza” di posizioni di interesse legittimo e di diritto soggettivo, che tuttavia non esclude la giurisdizione del giudice amministrativo, stante l’attribuzione allo stesso di giurisdizione esclusiva, effettuata, oltre che dalle norme già citate, anche dall’art. 133, co. 1, lett. b) e c).

7.6. Alla luce delle precisazioni ora effettuate, il tema (non già dell’applicazione del diritto privato in generale, ma) dell’applicazione dei principi in tema di obbligazioni e contratti risulta più specificamente

delimitato.

Occorre ricordare che la giurisprudenza ha avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2013 n. 5786; 14 ottobre 2013 n. 5000) che, fermi i casi di contratti di diritto privato (per i quali trovano certamente applicazione le disposizioni del codice civile), nei casi invece di contratto ad oggetto pubblico l'amministrazione mantiene comunque la sua tradizionale posizione di supremazia; tali contratti non sono disciplinati dalle regole proprie del diritto privato, ma meramente dai "principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti", sempre "in quanto compatibili" e salvo che "non diversamente previsto".

Ciò, ovviamente, non esclude – sussistendone i presupposti ora delineati – che il giudice possa fare applicazione anche della disciplina dell'inadempimento del contratto, allorchè una parte del rapporto contesti alla controparte un inadempimento degli obblighi di fare (Cons. Stato, sez. IV, 24 aprile 2012 n. 2433).

Proprio per questo, la giurisprudenza – certamente escludendo una acritica applicazione delle norme del codice civile – ha avuto modo di affermare:

- che l'impegno assunto dall'amministrazione attraverso l'accordo non può risultare vincolante in termini assoluti, in quanto esso riguarda pur sempre l'esercizio di pubbliche potestà (Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2001 n. 354);

- che il cd. "autovincolo" derivante all'amministrazione da un accordo può perdere successivamente consistenza a seguito del confronto delle posizioni caratterizzanti le fasi successive del procedimento (Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 2004 n. 7245).

D'altra parte, come si è già detto, l'art. 11 l. n. 241/1990 non rende applicabili agli accordi della pubblica amministrazione le norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, bensì i "principi", con ciò stesso presupponendo una non immediata adattabilità – sia ad accordi non aventi

natura contrattuale, sia a convenzioni/contratto – delle norme valevoli per le espressioni di autonomia privata, ma richiedendo la verifica della applicabilità, in ragione della specifica natura dell'atto bilaterale sottoposto a giudizio, dei “principi” (e di quanto da essi desumibile) in tema di obbligazioni e contratti, senza per ciò stesso escludere l'applicazione di singole norme in tema di obbligazioni e contratti, nei casi in cui agli accordi possa riconoscersi una natura prettamente contrattuale.

Nel caso delle convenzioni che accedono all'esercizio di potestà amministrativa (anche latamente) concessoria – dove è chiara la natura latamente contrattuale dell'atto bilaterale, stante la regolazione di aspetti patrimoniali – ben possono trovare applicazione le disposizioni in tema di obbligazioni e contratti.

Tuttavia, tale applicazione non può esservi, se non considerando la persistenza (ed immanenza) del potere pubblico, dato che l'atto fondativo del rapporto tra amministrazione e privato non è la convenzione, bensì il provvedimento, rispetto al quale la prima rappresenta solo uno strumento ausiliario, idoneo alla regolazione (subalterna al provvedimento) di aspetti patrimoniali del rapporto, nell'ambito di una più ampia finalità di pubblico interesse che ispira l'azione amministrativa.

7.7. Tale finalità non costituisce (né lo potrebbe) una “immanenza” esterna alla convenzione/contratto, ma essa – in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato - conforma il contratto medesimo, ed in particolare – proprio in ragione delle definizioni che il diritto privato ne offre – gli elementi essenziali della causa e dell'oggetto.

Per un verso, infatti, la finalità di pubblico interesse “entra” nella definizione di causa sia ove intesa quale funzione obbiettiva economico - sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obbiettiva giuridica

dell'atto; per altro verso, essa conforma l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo; per altro verso ancora può modificare la stessa efficacia della convenzione/contratto, conferendole un ambito di produzione di effetti giuridici più ampio di quello offerto al comune contratto di diritto privato dall'art. 1372 c.c..

Ciò comporta che, laddove l'interprete debba giudicare della illiceità della causa di un accordo/contratto pubblico, ovvero della impossibilità (materiale o giuridica) o della illiceità dell'oggetto di tale accordo/contratto, non può non ricordare che tali elementi essenziali sono diversamente conformati, e dunque richiedono una verifica che tenga conto di tale loro specificità.

Allo stesso modo, quanto sin qui descritto si riflette anche sul rapporto convenzionale/contrattuale, sull'adempimento del contratto e sulle ipotesi di risoluzione del medesimo, così come contemplate dal codice civile.

D'altra parte, è sempre la "particolarità" del contratto pubblico a giustificare una tutela anche penale dei contratti della Pubblica Amministrazione (art. 355, inadempimento di contratti di pubbliche forniture; art. 356, frode nelle pubbliche forniture), dove l'interesse pubblico – che, come si è detto, conforma causa ed oggetto del contratto - acquista rango di bene giuridico tutelato dalla norma penale (Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 2013 n. 23819; 5 dicembre 2007 n. 16428; 11 novembre 2004 n. 47194).

7.8. Le considerazioni espresse con riferimento particolare ai cd. "contratti ad oggetto pubblico", possono essere (almeno in parte) ribadite, sia pure con i necessari adattamenti di specie, alle ipotesi di contratti cd. "ad evidenza pubblica", laddove non è presente una regolazione degli aspetti patrimoniali dell'esercizio della potestà, ma sono presenti solo procedimenti antecedenti al contratto, e l'esercizio della potestà pubblica è volto ad individuare il soggetto contraente con la pubblica

amministrazione.

Tuttavia, anche in questi ulteriori casi, una volta scelto il contraente, il contratto stipulato successivamente alla fase di evidenza pubblica non rifluisce “immediatamente” nella più generale disciplina del codice civile e delle ulteriori disposizioni che eventualmente regolano il rapporto patrimoniale consensualmente instaurato tra privati.

Ciò è a tutta evidenza negato dalla stessa presenza di una (copiosa) disciplina speciale che normalmente assiste il momento genetico e quello funzionale del contratto, e che non può che giustificarsi se non in ragione della “particolare natura” dello stesso; laddove tale “particolare” natura non è costituita dall’esservi la pubblica amministrazione quale soggetto contraente, bensì dall’essere la causa e l’oggetto del contratto differentemente conformati, in ragione delle finalità di interesse pubblico perseguite con il contratto, e dunque con l’adempimento delle obbligazioni assunte per il tramite delle rispettive prestazioni (a seconda dei casi, l’opus o il servizio).

In primo luogo, dunque, vi è una disciplina speciale, che giustifica la propria “ragionevolezza” sulla altrettanto “speciale” natura del contratto; in secondo luogo, vi è una possibile applicazione delle norme del codice civile in tema di obbligazioni e contratti, che “sconta” la differente natura della causa e dell’oggetto dei medesimi contratti pubblici

In sostanza, la stessa definizione del contratto quale “contratto pubblico” (art. 3, d. lgs. n. 50/2016, co. 1, lett. ee), non indica esclusivamente (e semplicisticamente) la presenza di un soggetto pubblico quale parte contraente, bensì una oggettiva finalità di pubblico interesse perseguita per il tramite del contratto e del suo adempimento.

8. In definitiva, è solo in ragione di una analisi dettagliata e specifica, che tenga conto delle considerazioni ora espresse, che può concludersi per la applicabilità (o meno) di norme ed istituti del codice civile ai contratti della

pubblica amministrazione (anche in attuazione di quanto previsto dall'art. 1323 cod. civ.), in tutti quei casi (segnatamente per i contratti ad oggetto pubblico) in cui il contratto, dotato di "tipicità" propria conferita da norme di diritto pubblico, non risulta, fin dal suo momento genetico, meramente regolato dal diritto privato, ma anzi presenta elementi, anche essenziali (causa, oggetto), particolari rispetto agli ordinari contratti, in quanto diversamente conformati.

D'altra parte, anche nel caso in esame, l'effettuato riconoscimento di una natura e di una disciplina meramente privatistica agli accordi (priva delle precisazioni "sistematiche" innanzi riportate), ha poi comportato singole puntualizzazioni e plurimi "distinguo" non sempre coerenti con le affermazioni pur effettuate sul piano generale.

Tanto è rilevabile nell'appello incidentale proposto dal Comune di Scandicci, laddove l'adesione alla tesi della "natura privatistica" del potere esercitato applicando la penale (mentre l'appellante cooperativa propende per la natura pubblicistica: v. motivo di appello sub lett. a) dell'esposizione in fatto), risulta poi accompagnata dalla necessità di numerose precisazioni, convogliate in altrettanti motivi di appello, in ordine al fondamento normativo (e non meramente contrattuale) della penale (motivo sub lett. aa) dell'appello incidentale) nonché in ordine alla natura provvedimentale degli atti di irrogazione della penale (motivo sub lett. bb), fino al punto di reclamare, per la contestazione della penale contrattualmente prevista, l'impugnazione dell'atto entro il termine decadenziale (motivo sub lett. cc).  
Precisazioni (e motivi di appello) che - lungi dal rafforzare la tesi "privatistica" dell'accordo, della penale prevista e del potere esercitato - rendono dubbia e claudicante tale ricostruzione, fornendo invece elementi alla tesi della natura pubblicistica dell'accordo e del potere esercitato.

Nei sensi innanzi esposti deve essere diversamente precisato quanto affermato dalla sentenza impugnata, la quale presenta anch'essa aspetti

ricostruttivi, sul punto, che non possono essere condivisi.

Deve essere, innanzi tutto e positivamente, rilevato che la stessa – nella affermata consapevolezza della “controversa qualificazione degli accordi sostitutivi di provvedimenti in termini pubblicistici o privatistici” (pag. 23) e pur denotando la consapevolezza della pluralità di tipologie di accordo contenute nell’art. 11 l. n. 241/1990, al punto da affermare che la questione della qualificazione va risolta non “in linea generale ed assoluta”, ma “con riferimento alle singole fattispecie ed al contenuto dei singoli accordi” (pag. 24) – perviene alla conclusione della natura “mista” dell’accordo di diritto pubblico, che costituisce “un tertium genus tra provvedimento e contratto”, caratterizzato dal fatto che in esso “la causa consiste nella realizzazione di specifici obiettivi di pubblico interesse, costituenti il motivo per cui l’amministrazione si induce a stipulare l’accordo medesimo” (pag. 26).

Anche in questo caso, tuttavia, la pluralità delle precisazioni effettuate alla “matrice civilistica” pur in partenza riconosciuta dalla sentenza all’accordo (pag. 24), e non ultimo il riconoscimento di una natura giuridica “propria” del medesimo (costituente un “tertium genus”), con sottolineatura della finalità di interesse pubblico perseguita e della sua inerenza alla causa dell’accordo, costituiscono elementi che, lungi dal rafforzare la “tesi privatistica” e, dunque, una ampia applicazione delle norme di diritto civile in tema di obbligazioni e contratti, ne costituiscono, invece, la controprova della intrinseca debolezza

Se è certamente condivisibile che la realizzazione della finalità di pubblico interesse, altrimenti perseguita dalla Pubblica Amministrazione attraverso l’esercizio unilaterale della potestà, conforma la causa del contratto di diritto pubblico, non può tuttavia condividersi né che “l’utilizzo degli accordi nel campo del diritto pubblico è dunque condizionato dal motivo per il quale l’amministrazione si induce a stipularlo, ossia la realizzazione di

fini di pubblico interesse” (pag. 24 sent.); né che il predetto “condizionamento” non è totale ma “limitato a quelle parti in cui i rapporti tra i contraenti dell’accordo vengono, per legge o pattuizione in esso contenuta, disciplinate in modo particolare rispetto al contratto di diritto civile” (pag. 25).

Quanto al primo aspetto - in disparte ogni considerazione in ordine alla rilevanza attribuita al “motivo” che induce al contratto, ben al di là di quanto ammesso dal codice civile (sotto la cui egida pur si ritiene che l’accordo si collochi), e in disparte altresì l’attribuzione alla Pubblica Amministrazione di un profilo “volitivo” ad essa estraneo (e che la sottolineatura del “motivo” rende invece plausibile) - giova osservare che non può essere distintamente enucleato un “motivo” consistente nella “realizzazione di fini di pubblico interesse” con riguardo all’accordo, laddove la finalità di pubblico interesse costituisce, invece, la (ben più fondamentale) ragione fondante del potere amministrativo e l’elemento giustificativo di ogni attività della pubblica amministrazione.

Quanto al secondo aspetto, appare evidente, alla luce di quanto esposto, che il contratto di diritto pubblico non può essere ritenuto come disciplinato, in via generale, dal codice civile, salvo un “condizionamento” derivante dalle ragioni di pubblico interesse perseguite, per quelle parti volute dalla legge o definite pattiziamente dai contraenti. Come si è detto, la finalità di pubblico interesse è immanente al contratto, ne conforma diversamente la causa e l’oggetto (sotto il profilo della sua liceità e possibilità giuridica).

Ciò che – con riferimento alla sentenza impugnata (in particolare, pagg. 23-27) – occorre chiarire è che il “motivo”, più volte dalla stessa evocato, per il quale la pubblica amministrazione decide di addivenire all’accordo (in luogo dell’esercizio della potestà), costituisce solo un elemento esterno all’accordo medesimo, che non riguarda né la causa né il contenuto di

quest'ultimo, ma attiene esclusivamente alla preferenza accordata a tale strumento nel caso concreto.

Esso non può essere accostato (né tantomeno confuso) alla causa del contratto di diritto pubblico, alla quale è immanente (e conformante) la finalità di pubblico interesse, e ciò non può avvenire né nel momento genetico dell'accordo/contratto, né nel momento funzionale.

In tal senso, l'ipotesi di recesso unilaterale "per sopravvenute ragioni di pubblico interesse" di cui all'art. 11, co. 4 l. n. 241/1990, lungi dall'essere riconducibile al "motivo" – come affermato in sentenza: v. pag. 25 – ed in disparte i riflessi spiegati dal provvedimento sul contratto, costituisce più propriamente una ipotesi "speciale" di impossibilità (giuridica) sopravvenuta dell'oggetto, come tale comportante la risoluzione del contratto (e ciò anche argomentando ex artt. 1463-1464 c.c.).

9. Tanto precisato in via generale sulla natura degli accordi tra privati e pubblica amministrazione, occorre osservare che l'istituto della "penale", presente nelle ipotesi di esercizio di potere amministrativo ampliativo della sfera giuridica dei privati (non solo, dunque, nelle ipotesi di esercizio di potere concessorio, ma anche autorizzatorio), ha certamente natura sanzionatoria e salvaguarda il raggiungimento delle finalità di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere.

Come affermato anche dalla Corte di Cassazione (Sez. Un.Civ. , 17 maggio 2013 n. 2111) "deve ritenersi che l'applicazione al gestore del trasporto pubblico di una "penale" da parte dell'amministrazione concedente, ancorché il relativo potere sia previsto in un atto qualificato "contratto", non costituisce espressione di una facoltà improntata ad un rapporto paritario, ma attenga all'esplicazione di quegli specifici poteri di vigilanza e controllo sulla corretta gestione del servizio pubblico, come tale costituente l'irrogazione di una vera e propria sanzione".

Nel rapporto concessorio (ed in particolare, nel caso della concessione cd.

traslativa, di esercizio di funzioni o servizi pubblici), il perseguimento del pubblico interesse del quale l'amministrazione è fatta titolare avviene, come si è detto, anche per il tramite dell'attività del privato, di modo che – laddove questo non si conformi alle regole imposte dal provvedimento concessorio/autorizzatorio e dalla convenzione accessiva – l'irrogazione della penale prevista costituisce appunto sanzione per una condotta tenuta o un evento prodotto non conformi al pubblico interesse.

Il bene giuridico inciso non è, dunque, il patrimonio della pubblica amministrazione, bensì il più generale interesse pubblico che costituisce ad un tempo la ragione causale della concessione/convenzione ed il fine al quale deve essere orientata l'azione del privato (al di là delle ovvie finalità individuali). Di conseguenza, la penale costituisce la sanzione per la lesione arrecata all'interesse pubblico, quell'interesse – come si è detto – che sorregge sul piano motivazionale l'adozione stessa del provvedimento e/o la stipula della convenzione.

D'altra parte, pur nella consapevolezza della controversa natura, anche nell'ambito dei contratti e rapporti tra privati, della clausola penale prevista dall'art. 1382 c.c., – se cioè essa abbia solo funzione rafforzativa del vincolo contrattuale e di liquidazione in via preventiva e forfettaria del danno (in tal senso, Cass. civ., sez. V, 27 settembre 2011, n. 19702; sez. I, 22 settembre 2011, n. 19358), ovvero anche natura sanzionatoria, come è pur sostenibile argomentando (anche) dalla affrancazione della penale dalla prova del danno subito – appare evidente la difficile applicazione (nei limitati sensi di liquidazione preventiva e forfettaria del danno) dell'istituto ai contratti di diritto pubblico, nei quali sia la causa che l'oggetto sono conformati dalla finalità di pubblico interesse perseguita dall'amministrazione (ed in certa misura, anche dal privato contraente) per il tramite dell'accordo.

La penale, nelle ipotesi ora considerate, non si lega in via esclusiva e diretta al danno per inadempimento dell'obbligazione e dunque per mancanza

della prestazione economicamente valutabile, che si era tenuti a rendere, ma si collega innanzi tutto alla mancata realizzazione della finalità di pubblico interesse che governa l'azione della pubblica amministrazione e che, come si è detto, conforma diversamente anche la causa del contratto.

In altre parole, e se si intende riguardare la penale dal punto di vista dell'accordo/contratto, l'evento illecito (frutto di azione e/o omissione del privato contraente) non incide sull'adempimento dell'obbligazione e, dunque, sul contenuto contrattuale (come nel caso dell'art. 1382 c.c.), bensì, ex post, sulla causa del contratto, e dunque sulla "funzione obiettiva economico - sociale del negozio" per come conformata dalla strumentalità dello stesso al raggiungimento di finalità di pubblico interesse, che legittimano l'agire della pubblica amministrazione ed il conferimento di potere alla medesima.

Alla luce di quanto esposto, lo strumento offerto dall'art. 1382 c.c. – se interpretato solo come conseguenza dell'inadempimento della prestazione e comunque (che ne sia richiesta o meno la prova) se riferito al danno da ciò derivante - appare insufficiente ad assolvere la funzione che, nei contratti di diritto pubblico, si assegna alla penale. Ed infatti questa, come si è detto, non è posta per la tutela del "soggetto pubblica amministrazione contraente" (e creditore), bensì a generale tutela dell'interesse pubblico che sorregge la complessa fattispecie procedimentale/provedimentale – contrattuale e che il comportamento non conforme del privato dissolve, incidendo sul nesso teleologico tra potere ed interesse pubblico da perseguire.

Ovviamente, il pregiudizio prodotto ben può consistere anche in un danno di natura patrimoniale arrecato alla pubblica amministrazione, o, più precisamente, nel danno conseguente all'inadempimento (o al non esatto adempimento) di una obbligazione assunta in convenzione.

Ma, in tali ipotesi, la penale svolge una duplice funzione:

- quella (in via primaria e indefettibile) di sanzione per l'interesse pubblico violato (cui, nel rapporto concessorio, anche il danno patrimoniale si ricollega direttamente);

- quella più propriamente civilistica, di determinazione preventiva e consensuale della misura del risarcimento del danno derivante dall'inadempimento o dal ritardo nell'adempimento di una determinata prestazione, salvo che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore".

Tale configurazione non esclude, tuttavia, che, ai fini della verifica dei presupposti per l'irrogazione della penale, possano trovare applicazione anche talune disposizioni civilistiche previste in tema. E dunque, la possibilità che "sia convenuta la risarcibilità del danno ulteriore" (art. 1382, I co.); il fatto che essa "è dovuta indipendentemente dalla prova del danno" (II co.).

Ed infatti, come questo Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare (sez. IV, 16 giugno 2015 n. 2997), i criteri di ermeneutica contrattuale possono applicarsi oltre che per l'interpretazione dei provvedimenti amministrativi, anche per gli accordi ex art. 11 l. n. 241/1990.

Le considerazioni sin qui esposte trovano una loro antecedente formulazione nella giurisprudenza di questa Sezione (Cons. Stato, sez. IV, 3 dicembre 2015 n. 5510 e 23 dicembre 2010 n. 9347).

Con la sentenza da ultimo indicata, nel riconoscere che nel caso degli accordi "il giudice possa e debba fare applicazione diretta anche della disciplina dell'inadempimento del contratto", la Sezione ha già avuto modo di affermare:

- che la previsione delle penali è legata ad una finalità di pubblico interesse, poiché, nel caso di specie, essa è "indubbiamente connessa all'esigenza di favorire un celere avvio del servizio pubblico oggetto di affidamento";

- che la penale ha natura pienamente sanzionatoria, posto che la Convenzione (oggetto della citata decisione) prevede l'irrogazione delle

penali “secondo principi di ragionevolezza e di proporzionalità rispetto all’inadempimento accertato ed al danno effettivamente arrecato”, di modo che “non può dubitarsi che tale disposizione non si esaurisca nell’imporre all’amministrazione di commisurare il quantum della sanzione all’entità e alla gravità dell’inadempimento, ma, prima ancora, subordini lo stesso esercizio del potere sanzionatorio al presupposto di un concreto e oggettivo pregiudizio per l’amministrazione medesima”.

10. 1. Nel caso di specie, le considerazioni espresse, in via generale, in riferimento alla natura e disciplina degli accordi aventi natura contrattuale ed alla penale dagli stessa prevista per il caso di “inadempimento”, risultano applicabili alla convenzione di edilizia convenzionata, stipulata ai sensi dell’art. 35 l. 22 ottobre 1971 n. 865.

Quest’ultimo prevede la realizzazione di case di edilizia economica e popolare, anche da parte di operatori privati, sia attraverso la cessione del diritto di superficie delle aree espropriate, sia attraverso la cessione in proprietà delle medesime “a cooperative edilizie e loro consorzi, ad imprese di costruzione e loro consorzi ed ai singoli, con preferenza per i proprietari espropriati . . .” (co. 11).

In ambedue le ipotesi considerate (cessione in diritto di superficie o in diritto di proprietà), l’articolo prevede la stipulazione di una convenzione (rispettivamente, commi 8 e 13). Ed è in tal senso, d’altra parte, che – affidandosi ad operatori privati il perseguimento dell’interesse pubblico alla affermazione del diritto dei cittadini all’abitazione, previsto dall’art. 47, co. 2, Cost. - si parla di “edilizia convenzionata”.

Come ha condivisibilmente affermato la sentenza impugnata, la convenzione, rappresentando “uno strumento con cui il Comune ha effettuato un’operazione di sviluppo del territorio, rientrante nella più generale categoria di pianificazione territoriale”, costituisce non già “un contratto di diritto civile, ma deve essere inquadrata propriamente nei

contratti ad oggetto pubblico” (in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4027).

Da ciò consegue che, stante la particolarità della natura dell'accordo e della disciplina ad esso applicabile, occorre riconoscere anche natura sanzionatoria alla penale che, ai sensi dell'art. 9 della convenzione 2 marzo 2006, è stata applicata nel caso in esame.

Tuttavia, la (parziale) fondatezza del primo motivo di appello (sub lett. a) dell'esposizione in fatto) – con il quale si assume che l'attività amministrativa “rimane soggettivamente ed intrinsecamente pubblicistica” di modo che “l'esercizio dei poteri che trovano origine negli accordi costituisce l'estrinsecazione di funzioni pubblicistiche, a cui possono essere applicate anche le regole in materia di obbligazioni e contratti, se ciò non è incompatibile con la potestà esercitata”, di modo che “la sanzione o penale prevista dall'art. 9 non può essere qualificata in termini puramente privatistici” – nonché la fondatezza del terzo motivo di appello (sub lett. c) (relativamente alla sostenuta natura provvedimentoale delle ordinanze di irrogazione della penale) non comportano la riforma della sentenza impugnata, ma solo la sua conferma con diversa motivazione, posto che – pur riconosciuta la natura pubblicistica degli accordi, del potere esercitato, della penale e degli atti di sua irrogazione – i motivi riproposti proprio sulla base di tali presupposti (sub lett. a) in parte e sub lett. da a1) ad a5) dell'esposizione in fatto), risultano comunque infondati.

10.2. A tali fini, occorre, innanzi tutto, osservare che, contrariamente a quanto affermato dall'appellante, non appare sostenibile che “il Comune - in un ambito in cui esercita poteri pubblicistici – non può introdurre sanzioni o penali che nella disciplina pubblicistica della materia non trovano alcuna fonte”, né che “il Comune subisce alcun danno dall'aumento dei prezzi degli alloggi realizzati”.

Quanto a quest'ultimo aspetto, è sufficiente ribadire quanto già in

precedenza affermato in ordine alla funzione della “penale” e all’essere la stessa posta come sanzione per il mancato perseguimento dell’interesse pubblico per il tramite della convenzione stipulata, essendo solo eventuale la sua funzione di liquidazione preventiva del danno da inadempimento.

Quanto al fondamento del potere sanzionatorio, nel caso di specie la convenzione stipulata in data 2 marzo 2006 (il cui schema era stato in precedenza approvato con delibera 24 luglio 2003 n. 80 del Consiglio Comunale di Scandicci), nel prevedere la cessione in proprietà dei lotti edificabili al Consorzio e alle altre cooperative assegnatarie, e nel definire, più precisamente, il prezzo di cessione degli alloggi, prevede (art. 9):

“Nel caso di alienazione a prezzo superiore a quello determinato secondo i criteri di cui sopra, sarà applicata al venditore o suoi aventi causa una penalità a favore del Comune da due a cinque volte la differenza fra il prezzo stabilito dalla presente convenzione e quello effettivamente praticato. Ciò salvo il diritto dell’acquirente di tutelare i propri interessi nella sede che riterrà più opportuna. . .”

Il Comune di Scandicci – pur aderendo, come si è detto, alla tesi sostenuta in sentenza in ordine all’intervenuto esercizio di un potere privatistico – afferma tuttavia che l’art. 35 l. n. 865/1971, ed in particolare il suo comma 14, costituisce “la copertura legislativa della penale prevista dalla Convenzione”, aggiungendo che “sarebbe d’altra parte del tutto illogico ed illegittimo, per evidente disparità, riconoscere un sistema sanzionatorio per l’ipotesi di violazione dei prezzi convenzionali stabilito per gli alloggi concessi in diritto di superficie e non, invece, per gli alloggi concessi in diritto di proprietà” (pag. 46, memoria del 24 aprile 2015).

Al contrario, l’appellante principale sostiene l’inesistenza di qualunque fondamento normativo primario – in violazione del principio di legalità di cui all’art. 1, l. n. 689/1981 – posto che la previsione di sanzioni è positivamente prevista solo per le inosservanze degli obblighi previsti da

convenzioni afferenti a cessione dei suoli in diritto di superficie (art. 35, co. 8, lett. f) l. n. 865/1971).

Il Collegio ritiene che la “penale” prevista dall’art. 9 della Convenzione abbia natura sanzionatoria e costituisca legittimo esercizio del potere dell’amministrazione, sia ai sensi dell’art. 35 l. n. 865/1971, sia ai sensi dell’art. 1382 c.c., come innanzi interpretato in riferimento ai contratti ad oggetto pubblico della P.A..

Il co. 13 dell’art. 35 cit., per il caso di cessione in proprietà dell’area prevede:

“Contestualmente all'atto della cessione della proprietà dell'area, tra il comune, o il consorzio, e il cessionario, viene stipulata una convenzione per atto pubblico, con l'osservanza delle disposizioni di cui all'articolo 8, commi primo, quarto e quinto, della legge 28 gennaio 1977, n. 10, la quale, oltre a quanto stabilito da tali disposizioni, deve prevedere:

- a) gli elementi progettuali degli edifici da costruire e le modalità del controllo sulla loro costruzione;
- b) le caratteristiche costruttive e tipologiche degli edifici da costruire;
- c) i termini di inizio e di ultimazione degli edifici;
- d) i casi nei quali l'inosservanza degli obblighi previsti dalla convenzione comporta la risoluzione dell'atto di cessione.”

Giova, in particolare, osservare che l’art. 8, co. 5, l. n. 10/1977 (con norma ora riprodotta nell’art. 18, co. 5, DPR 6 giugno 2001 n. 380), prevedeva che “ogni pattuizione stipulata in violazione dei prezzi di cessione e dei canoni di locazione è nulla per la parte eccedente”.

Il precedente comma 8 dell’art. 35, nel disciplinare il contenuto della convenzione accessiva all’atto di concessione, prevede, tra l’altro, che quest’ultima debba anche prevedere:

“ f) le sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella convenzione ed i casi di maggior gravità in cui tale

inosservanza comporti la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie”

Da ultimo, per quel che interessa nella presente sede, il comma 14 prevede che:

“I criteri di cui alle lettere e) e g) e le sanzioni di cui alla lettera f) dell'ottavo comma, nonché i casi di cui alla lettera d) del precedente comma, dovranno essere preventivamente deliberati dal consiglio comunale o dall'assemblea del consorzio e dovranno essere gli stessi per tutte le convenzioni”.

In sostanza, per la cessione di alloggio a prezzo “maggiorato”, la normativa primaria prevede una pluralità di possibili conseguenze, e precisamente:

- nel rapporto tra venditore ed acquirente, la nullità del contratto di compravendita, relativamente alla pattuizione del prezzo per la parte eccedente (Cass. Sez. un. civ, 16 settembre 2015 n. 18135);
- nel rapporto tra pubblica amministrazione e soggetto realizzatore dell'edilizia convenzionata, sia la definizione, a titolo di sanzione, di casi che comportano la risoluzione dell'atto di cessione delle aree in proprietà (art. 35, co. 14, lett. d), sia la definizione delle sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella convenzione ed i casi di maggior gravità in cui tale inosservanza comporti la decadenza dalla concessione e la conseguente estinzione del diritto di superficie” (art. 35, co. 8, l. n. 875/1971).

Alla luce della normativa innanzi riportata, occorre ritenere che l'art. 35 l. n. 865/1971 costituisca il fondamento normativo dell'esercizio di potestà sanzionatoria da parte della Pubblica Amministrazione, sia con riferimento a convenzione relative ad aree in diritto di superficie, sia con riferimento – come nel caso di specie - a convenzioni relative ad aree cedute in diritto di proprietà.

A tale conclusione si perviene non tanto sulla base del semplice richiamo effettuato al comma 14 dell'articolo citato, laddove questo afferma che i

criteri, ivi compresi quelli di cui alla lett. f) del comma 8, approvati dal consiglio comunale, “dovranno essere gli stessi per tutte le convenzioni” (ben potendo tale dizione – sulla quale si ritornerà - essere oggetto di divergenti interpretazioni, se esaminata senza previa contestualizzazione), quanto dal tenore complessivo delle norme e dalla loro interpretazione logico-sistematica.

Giova a tal fine osservare, in primo luogo, che, con specifico riferimento alle convenzioni relative ad aree cedute in proprietà, il comma 13 prevede che vengano determinati i casi “nei quali l'inosservanza degli obblighi previsti dalla convenzione comporta la risoluzione dell'atto di cessione.”.

Se il legislatore conferisce all'amministrazione il potere di individuare unilateralmente le ipotesi di risoluzione del contratto (e dunque di perdita del diritto di proprietà delle aree (con eventuali fenomeni di accessione relativamente agli immobili costruiti sulle aree predette), non è ragionevole sostenere che lo stesso legislatore abbia inteso conferire solo un potere sanzionatorio, il cui esercizio determina effetti così gravi e definitivi (cioè, per così dire, un potere sanzionatorio solo “nel massimo”), senza conferire all'amministrazione anche un potere sanzionatorio intermedio, tale da colpire eventuali pur gravi inadempimenti, senza giungere alla estinzione del rapporto.

Tale conclusione non si fonda soltanto sulla considerazione che il conferimento di un potere sanzionatorio “ampio” (quanto agli effetti della sanzione), comporta “per implicito” anche il conferimento di un potere sanzionatorio “intermedio”, ma si fonda anche su una lettura costituzionalmente orientata della norma, che mal sopporta una interpretazione tale da far ritenere passibile di sanzione solo una casistica di ipotesi “massime”, così configurando l'esercizio di un potere privo di gradualità e proporzionalità.

Ciò a maggior ragione a fronte della “parallela” previsione, per le

convenzioni relative alla cessione di aree in diritto di superficie, di “sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi stabiliti nella convenzione” come prevede il comma 8, lett. f).

Occorre ritenere, quindi, che la previsione espressa dal comma 13, con riguardo alle convenzioni afferenti ad aree cedute in diritto di proprietà, che conferisce un potere solo per i casi “nei quali l'inosservanza degli obblighi previsti dalla convenzione comporta la risoluzione dell'atto di cessione.”, si giustifica solo per il fatto che il potere sanzionatorio “intermedio” risulta comunque già conferito, anche per questo caso, dal precedente comma 8, lett. f).

E' in questo contesto interpretativo che acquista migliore rilevanza quanto previsto dal comma 14 dell'art. 35, che, nel definire unitariamente il procedimento per la definizione delle sanzioni di cui alla lett. f) del comma 8 ed i casi di cui alla lett. d) del comma 13, afferma conclusivamente che gli stessi si applicano “per tutte le convenzioni”.

E cioè - in base ai contesti interpretativi sin qui esplicitati - per ambedue le tipologie di convenzioni e non solo per tutte le convenzioni alternativamente rientranti in una delle due tipologie.

D'altra parte, diversamente considerando, appare privo di razionalità ritenere la sussistenza di un potere sanzionatorio per il mancato rispetto delle clausole della convenzione nel solo caso di quelle che prevedono la cessione di aree in diritto di superficie, negando al contempo la sussistenza dello stesso potere per il (più rilevante) caso delle convenzioni che prevedono la cessione delle aree in diritto di proprietà.

A fronte di aree che sono in ambedue i casi frutto di procedure espropriative, sarebbe, cioè, conferito un potere sanzionatorio più ampio in presenza di aree per le quali è stato costituito il diritto di superficie (e che quindi restano al patrimonio indisponibile dell'ente), mentre vi sarebbe un potere sanzionatorio meno ampio in ordine a quelle aree che sono cedute

in proprietà al soggetto privato, ipotesi che, a tutta evidenza, postula una evidente necessità di maggiore “attenzione”, onde evitare situazioni speculative.

Né tale interpretazione si pone in contrasto con i principi di tipicità e determinatezza dei casi oggetto di sanzioni amministrative, ai sensi dell’art. 1 l. n. 689/1981 (Cons. Stato, sez. VI, 28 giugno 2010 n. 4141), articolo che esprime un principio generale applicabile a tutte le sanzioni amministrative, con esclusione di quelle disciplinari e di quelle comportanti misure non pecuniarie (Cons. Stato Sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4866); e ciò perché essa costituisce interpretazione del dato normativo espresso (commi 8, 13 e 14 art. 35 l. n. 865/1971) onde verificare se il caso considerato vi rientri in via immediata e diretta, e non applicazione analogica della norma ad un caso diverso e non previsto dal legislatore.

E’ appena il caso di ricordare che l’interpretazione analogica attiene ai metodi di integrazione del diritto (ed è quindi, secondo talune ricostruzioni, un atto di costruzione normativa), mentre l’interpretazione (anche) estensiva rientra nei metodi interpretativi propriamente detti.

D’altra parte, anche con riguardo alle norme penali, la giurisprudenza ritiene non consentita l’applicazione analogica, mentre ammette l’interpretazione estensiva (Cass. Pen., sez. un., 25 giugno 2009 n. 38691; sez. III, 22 ottobre 2009 n. 43385 e 13 luglio 2009 n. 39078).

10.3. Al risultato di ritenere legittimo quanto previsto dall’art. 9 della convenzione del 2 marzo 2006 si perviene anche argomentando sull’art. 1382 c.c., nella diversa prospettiva interpretativa innanzi fornita in tema di accordi.

Come si è innanzi osservato, nel caso di accordi/contratti sottoscritti tra pubblica amministrazione e privato, la clausola penale, di cui all’art. 1382 c.c., non svolge solo una funzione di liquidazione in via preventiva e forfettaria del danno, ma assume anche una indubbia valenza sanzionatoria

(sola o congiunta alla funzione precedente).

Ciò perché l'inadempimento della prestazione non produce solo un danno patrimonialmente valutabile all'amministrazione, ma comporta innanzi tutto un pregiudizio (anche irreparabile) al perseguimento del pubblico interesse, cui l'accordo sottoscritto è rivolto (pubblico interesse che – lo si ripete – non costituisce, per così dire, la posizione soggettiva dell' "amministrazione – parte contrattuale", ma costituisce aspetto immanente alla causa del contratto).

Da ciò discende che l'amministrazione ben può prevedere, a tutela dell'interesse pubblico perseguito per il tramite degli accordi afferenti all'edilizia residenziale pubblica, "penali", riconducibili all'art. 1382 c.c. (alle quali si è però riconosciuta, nei sensi innanzi esposti, anche una natura sanzionatoria).

In questo senso, la penale assolve il ruolo non già di "rafforzamento" del vincolo contrattuale e dunque della garanzia di corretto adempimento delle obbligazioni assunte, ma quello di tutela del raggiungimento dell'interesse pubblico perseguito, e quindi del raggiungimento del risultato cui si tende per il tramite del contratto, in conformità alla sua causa.

D'altra parte, se, come afferma la giurisprudenza della Corte di Cassazione, "il vincolo di determinazione del prezzo discende, in tutti i casi, direttamente dalla legge" ed inoltre che gli atti amministrativi relativi alla determinazione del prezzo "così come le convenzioni, in quanto promananti in forza della predetta delega legislativa (art. 35 l. n. 865/1971), traggono da quest'ultima, direttamente, il carattere di imperatività" (Cass. Civ., Sez. Un., 16 settembre 2015 n. 18135; sez. II, 10 febbraio 2010 n. 3018), non appare affatto irragionevole la previsione di una clausola penale, avente contenuto sanzionatorio, posta a tutela di norme imperative, in quanto afferenti alla tutela di primari interessi pubblici.

Una clausola, dunque, che, lungi dall'essere espressione di esercizio di un

“potere privatistico”, è prevista in convenzione (ed accettata dalla controparte) come espressione della potestà pubblica comunque immanente all'accordo/contratto.

10.4. Per tutte le ragioni sin qui esposte, pur ribadita la diversa configurazione della natura degli accordi, della clausola di cui all'art. 9 della Convenzione e del potere esercitato dall'amministrazione, il primo motivo di appello (sub lett. a) dell'esposizione in fatto) deve essere rigettato, laddove con lo stesso si prospetta l'insussistenza di un fondamento normativo al potere sanzionatorio dell'amministrazione nel caso di specie.

Per le stesse ragioni deve essere rigettato anche il (riproposto) motivo di ricorso, sub lett. a5), sempre afferente alla insussistenza di un potere sanzionatorio ed alla conseguente illegittimità delle ordinanze impugnate.

Né può rilevare la circostanza che la sanzione sia determinata, in concreto, con atti amministrativi generali, posto che ciò è espressamente previsto dal legislatore (art. 35 l. n. 865/1971), e che la riserva di legge è da considerarsi “relativa” (Cass. civ. sez. I, 2 marzo 2016 n. 3939).

Anche i motivi riproposti (sub lett. da a1) ad a4) dell'esposizione in fatto, devono essere rigettati.

Quanto al primo di essi (sub lett. a1), con il quale si censura la mancanza di comunicazione di avvio del procedimento e, dunque, di ogni modalità partecipativa coinvolgente il privato, occorre osservare che tale violazione non sussiste nel caso di specie.

E ciò non perché nel caso di procedimenti sanzionatori tale comunicazione non sia dovuta (anzi le esigenze partecipative appaiono semmai ancor più forti in tali procedimenti), ovvero perché, trattandosi di atto vincolato, l'amministrazione non avrebbe potuto determinarsi diversamente, con la conseguente applicazione dell'art. 21-octies l. n. 241/1990.

Occorre, invece, escludere la violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990, poiché, in via generale, l'interessato riceve sostanziale comunicazione dell'avvio dei

procedimenti sanzionatori a suo carico con la redazione del verbale di accertamento del fatto costituente illecito amministrativo, che è redatto in contraddittorio (o alla presenza) dell'interessato e che costituisce il primo atto di avvio di detti procedimenti.

Né, d'altra parte, può ricostruirsi la violazione dell'art. 7 l. n. 241/1990 in termini meramente formali, e cioè per il solo difetto di invio, dovendosi in concreto verificare se sia stato comunque raggiunto lo scopo di rendere edotto il privato dell'avvio di un procedimento amministrativo che lo coinvolge, costituendo poi una sua autonoma scelta il parteciparvi o meno.

Nel caso di specie, risulta che l'appellante abbia avuto piena cognizione del procedimento (come risulta anche da quanto esposto alle pagg. 18 – 27 app.) e come si evince anche dagli ulteriori motivi di impugnazione, con i quali si lamenta una mancata considerazione delle osservazioni presentate.

Quanto agli ulteriori motivi, occorre ricordare che l'amministrazione ha fatto applicazione dell'art. 9 della convenzione, provvedendo ad irrogare la relativa penale. I presupposti sui quali si fondano gli atti di irrogazione della sanzione costituiscono ex se sufficiente motivazione dell'atto stesso, anche in relazione alle osservazioni presentate nella fase istruttoria.

Né appare rilevante la denunciata violazione dell'art. 10-bis l. n. 241/1990, posto che, nel caso di specie, si è in presenza di un atto applicativo di una penale, emesso a seguito di intervenuta interlocuzione procedimentale, ed ogni supposta illegittimità dello stesso (in ordine al "merito" di quanto disposto) è stata, peraltro, fatta valere in sede giurisdizionale.

Da ultimo, occorre osservare (in relazione a quanto dedotto con il motivo sub a3) che, per un verso, il diniego di ogni diversa interpretazione della convenzione, richiesta all'amministrazione, risulta dalla applicazione fatta dell'art. 9 della medesima a fini sanzionatori; per altro verso, che nessun obbligo di modifica della convenzione grava sull'amministrazione, che non è tenuta a motivare sulle ragioni che la inducono a dare attuazione alla

convenzione nel testo oggetto di stipulazione e conforme allo schema generale approvato.

Da quanto sin qui esposto, a fronte del rigetto dei motivi di appello principale come innanzi disposto (pur proposti sulla base di una configurazione “pubblicistica” degli accordi, della penale e del potere sanzionatorio, consegue comunque la conferma sul punto della sentenza impugnata con diversa motivazione, e dunque la conferma del rigetto dei relativi motivi di ricorso proposti in I grado.

11, Le ragioni innanzi esposte, in ordine alla natura giuridica degli accordi, della penale e del potere esercitato dall'amministrazione, sorreggono anche il rigetto dei motivi sub lett. aa) e bb) dell'appello incidentale del Comune di Scandicci, rispettivamente relativi ad “integrare” (più che a censurare) la motivazione della sentenza impugnata, individuando un diverso fondamento normativo del potere esercitato e sostenendo la natura provvedimento degli atti di irrogazione della sanzione.

Tali motivi, pur indicando elementi fatti propri dalla presente decisione al fine di confermare la sentenza impugnata con diversa motivazione, devono essere, tuttavia, respinti, in disparte ogni considerazione in ordine alla loro inammissibilità per difetto di interesse.

Essi, infatti, propongono integrazioni alla motivazione, nell'ambito di una ricostruzione che riconduce la penale di cui all'art. 9 della Convenzione all'esercizio di un potere privatistico ancorchè finalizzato al perseguimento di un interesse pubblico (v. pagg. 46-47 appello inc.). Tale prospettazione, peraltro non condivisa nella presente sede, si presenta contraddittoria con il proprio stesso presupposto tenuto per fermo (cioè, con la ricostruzione “privatistica” anzidetta) e non può, pertanto, che essere dichiarata infondata.

Per queste ragioni il rigetto del motivo sub cc), circa la natura provvedimento delle ordinanze, non appare contraddittorio con

l'accoglimento (anche se ininfluenza ai fini della riforma della decisione) del motivo sub c) dell'appello principale.

Ciò in quanto, mentre in quest'ultimo caso, il motivo si inserisce in una ricostruzione pubblicistica dell'intera fattispecie, nel caso prospettato dall'appellante incidentale la natura provvedimento dell'atto (pur in sé condivisibile) è tuttavia inquadrata in una ricostruzione "privatistica" della penale tale da renderla non sostenibile.

12. Tanto sin qui statuito, occorre esaminare il terzo ordine di questioni, posto dai motivi di impugnazione - come indicato al precedente punto 6) - che riguarda la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della penale (anche a prescindere dalla natura giuridica della stessa), e cioè, in buona sostanza, la previsione del meccanismo di determinazione del prezzo di cessione.

A tale ordine vanno ricondotti i motivi sub lett. d), e), f) e g) dell'appello principale e - trattandosi di motivo, per così dire, in punto di esatta interpretazione della motivazione della sentenza - anche il motivo sub lett. ff) dell'appello incidentale.

12. 1. Ai fini dell'esame dei predetti motivi giova ricordare che:

- con delibera del Consiglio Comunale di Scandicci 8 aprile 1999 n. 73, veniva approvato il Programma integrato di intervento di Badia a Settimo - San Colombano, che prevedeva, tra l'altro, la realizzazione di gran parte della volumetria non ancora assegnata del PEEP della medesima zona ad un operatore privato da selezionarsi secondo quanto stabilito da apposito bando;
- con delibera del Consiglio comunale 8 aprile 1999 n. 73 veniva definitivamente approvato il P.I.I. ed il bando per la selezione dell'operatore privato;
- conclusasi la procedura di gara, con deliberazione 18 gennaio 2000 n. 4, il Consiglio Comunale assegnava il complesso degli interventi al

raggruppamento di operatori, tra i quali vi era l'attuale appellante;

- dopo una fase caratterizzata da varianti al P.I.I. e dalla redazione/approvazione del progetto, il Consiglio comunale, con deliberazione 24 luglio 2003 n. 80, approvava lo schema di convenzione destinato a regolare, ai sensi dell'art. 35 l. n. 865/1971, i rapporti tra amministrazione comunale e soggetto attuatore;

- la convenzione tra il Comune di Scandicci, il soggetto attuatore e le singole cooperative assegnatarie veniva sottoscritta il 2 marzo 2006;

- tale convenzione – come esposto anche dall'appellante (v. pagg. 11-12 app.) - “prevedeva la cessione della proprietà dei lotti edificabili al Consorzio ed alle altre cooperative assegnatarie, la determinazione del relativo corrispettivo, l'esecuzione delle opere di urbanizzazione e degli interventi per il superamento del rischio idraulico a carico del Consorzio e delle cooperative”. L'art. 6 regolava le caratteristiche costruttive e tipologiche degli edifici, nonché i termini di ultimazione dei lavori;

- l'art. 9 della convenzione, nel disciplinare “criteri e modalità per la determinazione del prezzo di alienazione e dei canoni di locazione dell'alloggio”, prevede l'impegno del Consorzio e delle cooperative “ad alienare gli alloggi realizzati (con esclusione di quelli riservati all'affitto) al prezzo massimo di seguito specificato, derivante dalla applicazione del prezzo unitario massimo prestabilito per mq. di superficie complessiva (D.M. 5 agosto 1994, art. 6)”. Si prevedeva inoltre la possibilità di aggiornamento del prezzo di alienazione “attraverso l'applicazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per famiglie di operai ed impiegati riferito alla Provincia di Firenze”, a decorrere dalla data della deliberazione del Consiglio comunale n. 4 del 18 gennaio 2000, e si prevedeva, inoltre, che “il prezzo massimo per le alienazioni successive alla prima non dovrà superare il prezzo di prima alienazione . . . rivalutato sulla base delle variazioni dell'indice ISTAT”;

- per quel che in particolare interessa nella presente sede, l'art. 9 prevede inoltre la "penale", nei sensi seguenti: "Nel caso di alienazione a prezzo superiore a quello determinato secondo i criteri di cui sopra, sarà applicata al venditore o suoi aventi causa una penalità a favore del Comune da due a cinque volte la differenza fra il prezzo stabilito dalla presente convenzione e quello effettivamente praticato. Ciò salvo il diritto dell'acquirente di tutelare i propri interessi nella sede che riterrà più opportuna. . . . La presente pattuizione dovrà essere espressamente riportata sia nei contratti di prima alienazione che di ogni alienazione successiva".

Tanto precisato in ordine alla successione degli atti che hanno caratterizzato l'intervento volto alla realizzazione degli alloggi per la cessione dei quali, in relazione al prezzo, è stata applicata la penale di cui si controverte, occorre ancora osservare che la CTU, disposta durante il primo grado di giudizio, ha stabilito che i costi dell'intervento hanno subito una indiscutibile lievitazione nel periodo intercorso fra il 1999, anno di pubblicazione del bando per la scelta dell'operatore privato, ed il 2006, anno di stipula della convenzione attuativa, dovuta, tra l'altro, all'incremento dei prezzi successivo al passaggio dalla lira all'euro, nonché all'entrata in vigore di normative tecniche in campo idraulico, termo-acustico, strutturale e di sicurezza, tutte comportanti maggiori costi costruttivi.

Per quanto riguarda invece il periodo tra il 2006 ed il 2009 – 2010, epoca di completamento delle opere e di cessione degli alloggi agli acquirenti, non vengono registrati fattori di significativo aumento dei costi di realizzazione dell'intervento.

12.2. Dalla successione degli atti innanzi riportata, emerge come nel 2006, per il tramite della sottoscrizione della convenzione, l'appellante ha accettato il meccanismo di determinazione del prezzo di cessione degli alloggi, accompagnato dalla "penale" per il caso di cessione ad un prezzo

superiore, non giustificato dagli incrementi secondo l'indice ISTAT e dalle migliorie consentite dall'art. 6, lett. f) della convenzione medesima (secondo il quale "saranno comunque apportabili migliorie rispetto a tali *standards* per quanto riguarda le dotazioni impiantistiche, il risparmio energetico, la qualità prestazionale degli edifici").

La sentenza impugnata condivisibilmente afferma, sul punto, che, in linea generale, la predisposizione dello schema di convenzione ad opera della parte pubblica non toglie che la manifestazione di volontà del privato continui a costituire elemento essenziale per la formazione dell'accordo. Ciò ovviamente – è da aggiungere – nei limiti in cui vi sono parti del contenuto della convenzione non sottratte all'autonomia privata.

In particolare, la sentenza afferma che, posto che "al momento della sottoscrizione della convenzione, i fattori cui la ricorrente ascrive l'aumento dei costi di realizzazione dell'intervento avevano ormai dispiegato i propri effetti, a quegli stessi fattori non può essere riconosciuto il ruolo di sopravvenienze imprevedibili, giustificative dell'inadempimento all'obbligo di rispettare i prezzi massimi di cessione stabiliti dall'art. 9, quanto, in ipotesi, quello di circostanze incidenti sull'equilibrio sinallagmatico originario e, come tali, sulla validità del consenso prestato dall'operatore privato", di modo che essi possono "eventualmente dare luogo ad un vizio genetico, ma non funzionale, dell'accordo".

Se, dunque, i fattori incidenti sulla determinazione del prezzo di cessione avevano subito una notevole lievitazione nel periodo 1999 – 2006 (cioè tra la pubblicazione del bando e la sottoscrizione della convenzione), così come accertato e non contestato dalla CTU, ne consegue che, al momento della stipulazione della predetta convenzione l'appellante, quale operatore professionale del settore, era in possesso – come affermato dalla sentenza impugnata – "di tutti gli strumenti necessari per avvedersi *ab origine*

dell'impossibilità di contenere i prezzi di cessione nei limiti a suo tempo stabiliti dal bando del 1999”.

L'appellante, con i motivi di impugnazione sub lett. da d) a g) dell'esposizione in fatto, più che contestare la previsione in sé di una penale (già oggetto di contestazione, quanto alla esistenza legittima del potere di prevederla, con motivi già in precedenza rigettati), contesta il meccanismo di determinazione de prezzo imposto dalla convenzione del 2006, il cui superamento ( e dunque la conseguente cessione di alloggi a prezzo maggiorato) ha determinato l'applicazione della penale di cui all'art. 9 della convenzione.

Orbene, pur condividendo le conclusioni alle quali perviene la sentenza impugnata, il Collegio – per effetto della ricostruzione “pubblicistica” degli istituti innanzi operata – deve comunque pervenire alla conferma, sul punto, della sentenza medesima, ma con diversa motivazione.

E ciò a prescindere dalla sussistenza di ragioni (come di seguito esposte) che porterebbero alla declaratoria di irricevibilità per tardività dei motivi proposti con il ricorso instaurativo dl giudizio di I grado dall'attuale appellante; declaratoria alla quale non si perviene sia in quanto i motivi di appello proposti dall'appellante principale sono comunque infondati, sia in quanto non può essere accolto, per le ragioni di seguito esposte, il motivo con il quale l'appellante incidentale ripropone l'eccezione di irricevibilità per tardività (e dunque difetta, nella presente sede, il presupposto processuale per la riforma, sul punto, della impugnata sentenza).

12.3. Come si è detto, è in relazione all'aspetto ora indicato che assume rilevanza, e deve essere conseguentemente esaminato, il motivo con il quale il Comune di Scandicci ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso instaurativo del giudizio di I grado in quanto rivolto a contestare sia l'art. 9 della Convenzione, sia la delibera G.M. n. 162/2011, che stabilisce di procedere, ove necessario, ad irrogazione della penale nella misura

“minima” ivi prevista.

Secondo il Comune:

- per un verso, “l'accoglimento della tesi della Convenzione in termini di accordo sostitutivo del provvedimento e delle penali quale contenuto necessario di essa e, quindi, al pari delle altre disposizioni, norma imperativa, non può che portare a concludere per la tardività delle censure che la cooperativa ha mosso nei confronti della Convenzione”, che avrebbe dovuto essere impugnata entro il termine decadenziale di sessanta giorni (e cioè in detto termine, decorrente “dal momento in cui, nel 2006, hanno sottoscritto la convenzione che prevedeva i medesimi prezzi del 1999 ed un indice di rivalutazione che oggi invece si vuole contestare”);

- per altro verso, anche a voler condividere la tesi esposta in sentenza in ordine alla natura di diritto soggettivo delle posizioni giuridiche derivanti dagli accordi, la domanda “doveva essere qualificata in termini di azione di annullamento, soggetta quindi, ai sensi dell'art. 1442 c.c., al termine prescrizione di cinque anni, decorrenti, nei casi diversi dai vizi del consenso o da incapacità legale, dal giorno della conclusione del contratto”.

In senso contrario, l'appellante principale, la cui impostazione, come si è sin qui esposto, si iscrive tutta in una ricostruzione “pubblicistica” degli accordi e del potere sanzionatorio esercitato, con il motivo sub lett. b) dell'esposizione in fatto, ritiene che alla (condivisa nelle conclusioni) reiezione della proposta eccezione di irricevibilità per tardività della impugnazione della convenzione occorre pervenire con diversa motivazione, e cioè – in coerenza con la natura pubblicistica degli accordi e dei poteri esercitati dall'amministrazione – affermandosi che dagli accordi nascono posizioni di diritto soggettivo perfetto e i rapporti nascenti dagli accordi sono disciplinati da norme di relazione, con conseguente esclusione di ogni applicabilità della decadenza alle impugnazioni proposte.

Il motivo di impugnazione proposto dalla parte appellante principale è infondato e deve essere, pertanto, respinto.

In linea generale, si è già innanzi affermato che dagli accordi tra pubblica amministrazione e privato non nascono esclusivamente posizioni di diritto soggettivo, bensì anche posizioni di interesse legittimo, come è, per un verso, facile dimostrare per il fatto stesso che il legislatore ha previsto, in merito, giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; e, per altro verso, come si desume dalla già dimostrata persistenza delle finalità di interesse pubblico (e della connessa potestà attribuita alla Pubblica Amministrazione) anche nell'accordo, come peraltro sostenuto (con i motivi di appello sub lett. a) dallo stesso appellante principale.

Con particolare riguardo alle convenzioni in materia urbanistica, che accedono a programmi integrati di intervento, questa Sezione ha già avuto modo di osservare (Cons. Stato, sez. IV, 29 settembre 2016 n. 4027) che anche il P.I.I. , previsto in linea generale dall'art. 16 della l. 17 febbraio 1992 n. 179 (oltre che essere oggetto di specifica disciplina regionale), segue lo “schema tipico” degli atti di pianificazione urbanistica (ad esempio, del piano di lottizzazione), posto che “il programma di intervento, anche proposto da privati, deve essere accompagnato, tra l'altro, da uno “schema di impegnativa di programma”, in sostanza da uno schema di convenzione (art. 3, co. 1, lett. c).

Si è in particolare affermato, con considerazioni che occorre ribadire nella presente sede:

“il programma integrato di attuazione, per natura e contenuti, per procedimento di approvazione e in virtù dei rapporti con il piano regolatore, costituisce uno strumento urbanistico di pianificazione secondaria ed attuativa, con specifiche finalità, di (parte del) territorio comunale; pianificazione per la quale la legislazione urbanistica, in via generale e in base a quanto specificamente previsto per i programmi

integrati, prevede la possibilità di redazione sia da parte pubblica (del Comune) sia, in via alternativa e sostitutiva, da parte di privati.

Ed infatti, già secondo la legge urbanistica (art. 28, l. 17 agosto 1942 n. 1150), in difetto di piano particolareggiato di esecuzione, può essere proposto dai privati un “piano di lottizzazione” (paradigma degli strumenti urbanistici secondari), che costituisce specificazione delle scelte operate dallo strumento urbanistico primario e dispone su una parte del territorio comunale per la realizzazione di interventi edilizi, con la necessità di nuove opere di urbanizzazione ovvero modifica e/o aggravio di quelle esistenti.

Il piano di lottizzazione (la cui approvazione è rimessa al Consiglio comunale) deve essere accompagnato da una convenzione, con la quale vengono definiti una pluralità di obbligazioni ed adempimenti gravanti sui privati.

Tale convenzione, ai sensi del sesto comma dell’art. 28, “deve essere approvata con deliberazione consiliare nei modi e forme di legge”, ed anzi, ai sensi del precedente quinto comma (alinea), la stessa approvazione del piano “è subordinata alla stipula di una convenzione, da trasciversi a cura dei proprietari”.

Le previsioni della legislazione urbanistica non contrastano né con quanto stabilito dalle norme attributive di competenza del Testo Unico enti locali, né con i più generali principi in tema di distinzione tra attività di indirizzo politico-amministrativo ed attività gestionale. . . .

. . . occorre dunque affermare, per quel che interessa nella presente sede, che l’approvazione degli strumenti di pianificazione urbanistica attuativa (cd. di pianificazione di secondo grado) rientra nella competenza del Consiglio comunale, e, nel caso in cui tali piani attuativi sono proposti da privati, essi sono necessariamente accompagnati da uno “schema di convenzione”, la cui approvazione rientra anch’essa nella competenza del consiglio comunale.

Ed infatti, nella logica della pianificazione urbanistica di attuazione, il piano di lottizzazione (o altro strumento di pianificazione attuativa) e lo schema di convenzione ad esso allegato costituiscono atti distinti ma giuridicamente connessi, la cui approvazione non può che avvenire contestualmente da parte dell'unico organo al quale, nell'ambito dell'ente locale, è attribuito l'indirizzo politico-amministrativo in relazione alla pianificazione del territorio, e cioè da parte del Consiglio comunale. . . .

Ne consegue che l'atto di approvazione del piano di lottizzazione, provvedimento amministrativo discrezionale in materia urbanistica (avente ad oggetto un piano proposto da privati, e dunque parzialmente sostitutivo di procedimento) è contestualmente anche atto di approvazione dello schema di convenzione di lottizzazione, contratto ausiliario del predetto provvedimento, in relazione al quale regola aspetti patrimoniali afferenti all'esercizio della potestà. . . .

Ovviamente, mentre piano urbanistico attuativo e schema di convenzione formano oggetto di un unico atto di approvazione (di competenza del Consiglio comunale), la convenzione propriamente detta (cioè il contratto ad oggetto pubblico successivamente stipulato) costituisce certamente (come affermato in sentenza) un atto negoziale autonomo (nel senso di essere giuridicamente distinto dal provvedimento – atto unilaterale di approvazione), la cui sottoscrizione deve essere effettuata dal dirigente del Comune, ex art. 107, co. 3, lett. c) cit. Tuttavia . . . il contenuto contrattuale non può essere sostanzialmente diverso da quanto previsto dallo schema precedentemente approvato, né allo stipulante (in nome e per conto dell'amministrazione) può essere riconosciuto un potere di modifica e/o integrazione delle clausole, che inciderebbe sul contenuto stesso della potestà pianificatoria precedentemente esercitata dal Consiglio comunale . . .

.

. . . Una volta approvato il piano e lo schema di convenzione,

L'amministrazione è tenuta alla concreta stipulazione del contratto, ma ciò in quanto essa si è a ciò "autovincolata" per il tramite del provvedimento di approvazione, cioè mediante un precedente (ed esaustivo) esercizio del suo potere discrezionale.

Il che (quanto all'effetto giuridico) non rende lo schema pubblicistico tanto distante da quello privatistico, posto che, in tale ultima ottica, l'approvazione dello schema di convenzione corrisponde ad accettazione di proposta e, dunque, integra l'elemento dell'accordo delle parti, richiesto dall'art. 1325 c.c.

Ovviamente, qualora tra approvazione del piano attuativo / schema di convenzione e momento di stipulazione della stessa, vengano meno i presupposti sui quali la stessa approvazione è stata fondata, l'amministrazione, la quale ben può verificare la persistenza di detti presupposti fino al momento della stipula (Cons. Stato, sez. IV, 26 luglio 2016 n. 3334), non può ritenersi obbligata alla stipulazione della convenzione, ma valuterà la sussistenza di ragioni di revoca dell'approvazione, ai sensi dell'art. 21-quinquies l. n. 241/1990.

Quanto sin qui esposto, corrisponde, inoltre, sia allo schema generale dell'attività convenzionale della pubblica amministrazione, come desumibile dall'art. 11 l. 7 agosto 1990 n. 241, sia alle norme del codice civile in tema di rappresentanza (art. 1388), di contratto di mandato (art. 1711) e di poteri degli amministratori di società (art. 2381)".

Le considerazioni innanzi esposte – pur con gli ovvi adattamenti al caso concreto, dove, nell'ambito di un P.I.I. per il tramite della convenzione si regolano rapporti patrimoniali connessi all'attuazione, in edilizia convenzionata, di una parte di PEEP – consentono di affermare che, nei confronti degli atti con i quali si definiscono taluni, specifici aspetti che, da ultimo, saranno recepiti "anche" dalla convenzione concretamente sottoscritta, il privato è titolare, ben prima della sottoscrizione della

convenzione, di una propria, specifica posizione giuridica, e che questa consiste in un interesse legittimo.

Ed infatti, la circostanza che la convenzione concretamente sottoscritta deve essere conforme allo schema generale approvato dal Consiglio comunale, e che ambedue gli atti (tra loro “conformi”) devono recepire espresse (e vincolanti) indicazioni di legge, tali da definire e preservare l’interesse pubblico connesso alla complessa operazione urbanistico-edilizia, rende evidente come tale atto non costituisca (almeno in parte) fonte autonoma di posizioni giuridiche, poiché parte delle clausole in esso previste, e formale fonte di obbligazioni, sono già state predisposte dall’amministrazione in sede di approvazione degli atti di pianificazione urbanistico-edilizia e dello schema tipo di convenzione.

D’altra parte, se, come afferma anche la giurisprudenza della Corte di Cassazione, “il vincolo di determinazione del prezzo discende, in tutti i casi, direttamente dalla legge” ed inoltre che gli atti amministrativi relativi alla determinazione del prezzo “così come le convenzioni, in quanto promananti in forza della predetta delega legislativa (art. 35 l. n. 865/1971), traggono da quest’ultima, direttamente, il carattere di imperatività” (Cass. Civ., Sez. Un., 16 settembre 2015 n. 18135; sez. II, 10 febbraio 2010 n. 3018), occorre convenire che la determinazione “previa” di tali aspetti in atti (anche) propedeutici alla convenzione concretamente stipulata (quali l’approvazione del piano e dello schema-tipo), costituisce espressione di potere amministrativo in diretta attuazione di legge, a fronte del quale non possono che sussistere posizioni di interesse legittimo.

Nel caso di specie, il privato attuatore dell’intervento è stato individuato per il tramite di apposita procedura ad evidenza pubblica (di cui al bando del 1999).

E’ da tale atto che il privato, con riferimento all’ulteriore attività di pianificazione urbanistica – edilizia (approvazione del PII, dei progetti,

dello schema-tipo di convenzione), diviene quindi titolare di una nuova ed autonoma posizione di interesse legittimo (dopo essere stato titolare di altra e diversa posizione di interesse legittimo in sede di gara).

Una posizione che lo legittima a verificare la conformità a legge (ed al bando) degli atti che la Pubblica Amministrazione predispone ed approva e gli effetti dei quali si riverbereranno sulla sua posizione giuridica; una posizione che sorregge l'interesse ad agire nei confronti di tali atti, ove ritenuti lesivi.

Non può dunque affermarsi, come invece sostenuto dall'appellante, che dalla convenzione sottoscritta sorgano, genericamente, posizioni di diritto soggettivo, e ciò in corrispondenza del contenuto contrattuale (obbligazioni assunte e prestazioni ad esse connesse, con particolare riguardo alla definizione del prezzo di futura cessione degli alloggi), poiché, come si è sin qui esposto, la convenzione sottoscritta costituisce solo l'ultimo atto di un complesso schema procedimentale-contrattuale e, per le parti in cui non è rinvenibile autonomia contrattuale, essa costituisce mero atto di recepimento di aspetti già anteriormente stabiliti in atti amministrativi in conformità a legge.

Né, d'altra parte, potrebbe sostenersi che tali posizioni di diritto soggettivo sorgono comunque dalla convenzione, e ciò come conseguenza del ritenere lo schema generale di convenzione come mera proposta, sottoposta ad accettazione, ovvero ritenendo che le clausole contrattuali che, come nel caso di specie, l'amministrazione predispone unilateralmente e prima della convenzione, possano essere ricondotte alla ipotesi di cui all'art. 1341 c.c. (condizioni generali di contratto).

Appare evidente come la complessità dello schema procedimentale – contrattuale, in cui l'approvazione dello schema generale di convenzione costituisce atto autonomo ma collegato all'approvazione degli atti di pianificazione, mal si adatta alle (più ristrette) previsioni codicistiche in

tema di formazione dell'accordo delle parti.

Peraltro, in ambedue le ipotesi, occorrerebbe comunque rilevare che, con la sottoscrizione della convenzione, la “proposta” costituita dallo schema generale ovvero le “condizioni generali di contratto predisposte da uno dei contraenti” sono state comunque accettate, e quindi efficaci.

Né sarebbe possibile invocare la vessatorietà della clausola (di cui al secondo comma dell'art. 1341 c.c.), in eventuale riferimento alle “restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi”.

Ed infatti – in disparte ogni considerazione in ordine al fatto che, nel caso concreto, ciò che si contesta non è la clausola della definizione del prezzo di cessione, quanto le modalità prescritte per la concreta definizione del medesimo (di modo che si fuoriesce dall'ambito di applicazione dell'art. 1341) - la circostanza che occorra vendere gli immobili a prezzo predefinito discende direttamente dalla legge ed è conforme alle finalità stesse della complessa operazione procedimentale – contrattuale. E ciò trova conferma in quanto affermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Sez. Un. civ. , n. 18135/2015 cit.), secondo la quale, nel caso di specie, ricorre “sotto il profilo teleologico, una politica del diritto volta a garantire il diritto alla casa, facilitando l'acquisizione di alloggi a prezzi contenuti (grazie al concorso del contributo pubblico) ai ceti meno abbienti; e non certo quella di consentire successive operazioni speculative di rivendita a prezzo di mercato”.

12.4. Tanto precisato, nel caso di specie, vengono in rilievo la deliberazione del Consiglio comunale 24 luglio 2003 n. 80, di approvazione dello schema di convenzione destinato a regolare, ai sensi dell'art. 35 l. n. 865/1971, i rapporti tra amministrazione comunale e soggetto attuatore, e la delibera di G.M. n. 162/2011, che stabilisce di procedere, ove necessario, ad irrogazione della penale nella misura “minima” ivi prevista.

Sono questi gli atti che, a monte della convenzione sottoscritta,

determinano il contenuto della medesima (quanto alla determinazione del prezzo e alla penale) nonché, in linea generale, l'entità della penale che il Comune applicherà per il caso di alienazione degli alloggi in violazione del prezzo definito.

In relazione a tali atti, sia il motivo dell'appellante principale (sub lett. b) dell'esposizione in fatto, "rafforzativo" della reiezione dell'eccezione di tardività in I grado), sia il motivo proposto dal Comune di Scandicci con l'appello incidentale (sub lett. cc) sono infondati; e ciò nonostante che il Collegio non condivide la ricostruzione in base alla quale la sentenza impugnata ha rigettato l'eccezione di tardività (v. in part., pag. 26 sent.).

Quanto al motivo dell'appellante – in disparte ogni valutazione della sua inammissibilità per difetto di interesse - la ragioni della sua reiezione risultano da quanto esposto al paragrafo che precede.

Quanto al motivo proposto dal Comune di Scandicci - in disparte ogni considerazione in ordine all'effettivo interesse all'impugnazione della citata delibera di G.M. da parte dell'appellante, posto che con la stessa si determina nel minimo l'entità di una penale - lo stesso deve essere respinto (benché dall'esame dello stesso potrebbe prescindersi, alla luce del rigetto, di seguito esposto, dei motivi proposti dall'appellante principale) e ciò in quanto il motivo:

- risulta contraddittorio con le proprie premesse, poiché,, una volta che il Comune aderisce alla ricostruzione "privatistica" dell'accordo, non appare sostenibile l'applicazione di un termine decadenziale previsto per l'impugnazione degli atti amministrativi;
- è riferito ad una "tardività" di impugnazione della convenzione del 2006, laddove – come emerge dalla ricostruzione innanzi operata – non è questo l'atto (eventualmente) lesivo, cioè l'atto in relazione al quale verificare la tempestività (o meno) dell'impugnazione;
- infine, laddove si richiama il termine di prescrizione quinquennale

dell'azione di annullamento, ex art. 1442 c.c., si presuppone una ricostruzione delle posizioni soggettive e della natura dell'accordo non coerente con quanto sin qui esposto.

12.5. I motivi dell'appello principale riportati sub lett. d), e), f) e g) dell'esposizione in fatto sono infondati, oltre che per le ragioni generali sin qui rappresentate – da sole sufficienti a sostenerne la reiezione – anche per quanto di seguito esposto.

Occorre innanzi tutto ricordare, in linea generale, che con i motivi di seguito esaminati l'appellante in sostanza contesta la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della penale (anche a prescindere dalla natura giuridica della stessa), ovvero, più precisamente, la determinazione del prezzo di cessione, che costituisce il parametro di riferimento onde verificare la sussistenza dell'illecito sanzionato.

Tuttavia, deve essere sottolineato che oggetto della presente controversia è la legittimità dei provvedimenti con i quali il Comune di Scandicci ha irrogato una “penale” all'attuale appellante, alla quale si è già riconosciuta (in ciò concordando con la stessa parte appellante) natura di sanzione.

Tanto precisato, ed una volta chiarita la natura sanzionatoria della penale, appare evidente che la verifica della legittimità dell'atto suddetto, concerne la sussistenza dell'elemento oggettivo e soggettivo dell'illecito.

In tale contesto, il prezzo imposto della cessione degli immobili funge da parametro in relazione al quale la condotta colpevole dell'agente determina l'evento illecito (vendita ad un prezzo maggiorato), secondo un nesso di causalità.

La definizione del prezzo di cessione, dunque, rappresenta un *prius* rispetto alla verifica della sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito, perché essa integra ex ante ed in via amministrativa il precetto della norma sanzionatoria o, più precisamente, integra un elemento costitutivo della fattispecie astratta dell'illecito (Cass. civ., sez. II, 4 settembre 2014 n.

18683).

Ciò comporta che, nelle ipotesi in cui, come nella specie, la “norma sanzionatoria” risulta non solo definita anteriormente al verificarsi del fatto illecito (in ossequio al principio di legalità), ma risulta altresì definita nell’ambito di un procedimento cui hanno partecipato i suoi potenziali destinatari – che nulla hanno eccepito in ordine alla sua formulazione e la hanno anzi accettata – ogni contestazione rivolta avverso un aspetto integratore dell’elemento costitutivo dell’illecito appare tardiva e, comunque, influente ai fini della verifica della sussistenza degli elementi oggettivo e soggettivo dell’illecito.

Si intende, in concreto, affermare che tutte le contestazioni rivolte avverso il meccanismo di determinazione del prezzo, onde sostenere per tale via l’illegittimità della sanzione irrogata, risultano per un verso tardive e, per altro verso, del tutto influenti ai fini della verifica della legittimità dell’atto sanzionatorio, posto che di tale atto la “norma sanzionatoria”, ormai consolidata, costituisce essa stessa il parametro di legittimità dell’atto emanato in relazione al caso concreto.

Tanto premesso, i motivi di seguito esaminati riguardano proprio, in buona sostanza, la definizione del prezzo di cessione, definito del corso dello schema procedimentale – contrattuale cui l’appellante ha partecipato; motivi che mal si conciliano, alla luce di quanto esposto, con la natura sanzionatoria riconosciuta alla penale e con la natura pubblicistica riconosciuta al potere amministrativo di definizione ed irrogazione della sanzione.

Con il motivo sub lett. d), l’appellante principale lamenta che “il formale superamento del prezzo previsto dall’art. 9 della Convenzione è dovuto ad una serie di elementi indipendenti dalla volontà e dal comportamento (dell’attuale appellante) ma imputabili in gran parte all’amministrazione comunale”. Pertanto, la sentenza “avrebbe dovuto tener conto di tutti quei

fattori di aumento dei costi che si sono verificati nel periodo 1999-2006, che hanno condotto la ricorrente a dover necessariamente incrementare i prezzi degli alloggi rispetto a quelli stabiliti nel bando e nella convenzione”. Orbene, come si è innanzi esposto, il meccanismo di determinazione del prezzo, riportato nell’art. 9 della convenzione del 2006, è conseguenza delle previsioni del bando e dello schema generale di convenzione, atti avverso i quali l’appellante, non avendo proposto impugnazione, ed anzi sottoscrivendo la convenzione, ha prestato acquiescenza.

Né risulta che il medesimo appellante abbia formulato, all’atto della sottoscrizione della convenzione, esplicite riserve (in disparte ogni successiva considerazione sulla tempestività ed efficacia delle medesime) in ordine alla persistente adeguatezza del meccanismo di determinazione del prezzo, come dedotto in convenzione, a causa del tempo trascorso, del mutamento dei fattori di costo ovvero per effetto di supposte responsabilità dell’amministrazione.

Ciò comporta che i fattori di aumento dei costi, dei quali – secondo l’appellante – l’amministrazione avrebbe dovuto tenere conto all’atto della determinazione del prezzo di cessione devono essere ritenuti come non incidenti sull’esercizio legittimo del potere (se riguardati in un’ottica pubblicistica).

Proprio perché – come sostenuto dall’appellante - “non è possibile operare una separazione tra le diverse fasi che hanno condotto alla sottoscrizione della convenzione, in quanto si è alla presenza di un unico procedimento a formazione progressiva” (id est, ciò che in precedenza si è definito uno schema “procedimentale - contrattuale”), occorre osservare per un verso, che – con riferimento alla determinazione del prezzo - non è la convenzione del 2006 l’atto conclusivo, bensì la deliberazione di approvazione dello schema generale di convenzione (del 2003); per altro verso che ciò che rileva è se la determinazione del prezzo in concreto

effettuata contrasta con le prescrizioni normative, poiché eventuali fattori sopravvenuti di aumento dei costi tali da incidere sul margine di utile dell'imprenditore non costituiscono, ove non considerati, di per sé vizi di legittimità dell'atto.

Nel caso di specie, ciò che rileva, ai fini della riconduzione del caso concreto alla fattispecie astratta dell'illecito, è che l'appellante ha proceduto alla vendita degli alloggi per un prezzo non coerente con quello determinato in convenzione e negli atti a questa presupposti.

A fronte di tale indubbia situazione, per un verso appaiono tardive le considerazioni in ordine alla congruità del prezzo indicato negli atti citati; per altro verso, anche a voler concedere che tale prezzo dovesse essere oggetto di riconsiderazione, ciò avrebbe dovuto formare eventualmente oggetto di un procedimento in autotutela, attivato dall'amministrazione anche su istanza del privato, ma prima che si determinasse l'evento costituente illecito, sanzionato con la penale di cui all'art. 9.

A fronte di ciò – e proprio perché il superamento del prezzo definito in convenzione determina l'illecito – non assume rilievo la circostanza rappresentata, secondo la quale “il prezzo praticato è largamente inferiore al prezzo di mercato”.

Peraltro, i predetti “fattori di aumento dei costi” non appaiono incidenti sulla convenzione sottoscritta nemmeno se si intende riguardarli da un punto di vista “privatistico”. Ed infatti, come ricorda la sentenza impugnata, occorre escludere sia che “l'equivalenza oggettiva delle prestazioni costituisca un requisito necessario dei contratti di scambio, essendo le parti libere di determinare l'entità della prestazione e della controprestazione”; sia che ricorra, nel caso di specie, quella sproporzione ultra dimidium che, ai sensi dell'art. 1448 c.c., consente di assegnare rilievo all'altrimenti irrilevante squilibrio tra le prestazioni ai fini del rimedio rescissorio”.

Le considerazioni sin qui esposte sorreggono anche la reiezione del motivo di appello sub lett. f) dell'esposizione in fatto.

Anche il motivo di appello sub lett. e) dell'esposizione in fatto è infondato e deve essere, pertanto, respinto.

Con quest'ultimo l'appellante lamenta che l'applicazione di una conseguenza sfavorevole a carico del privato (che si tratti di sanzione o di penale) richiede la violazione dell'interesse pubblico tutelato dalla norma sanzionatoria e/o che abbia arrecato un pregiudizio al soggetto cui quell'interesse è riferibile; al contrario, nel caso di specie, non è presente alcun danno e dunque "difetta il presupposto per l'applicazione di ogni penale civilistica" e, poiché "il prezzo praticato è quello che deriva dalla corretta applicazione delle norme e dei principi in materia di alloggi PEEP. . . ciò significa che non vi è alcuna violazione di profili di interesse pubblico, né vi è alcun possibile pregiudizio agli interessi la cui tutela possa competere al Comune di Scandicci".

Si è già detto che il pregiudizio che giustifica l'applicazione della penale, avente valore di sanzione, riguarda la compromissione dell'interesse pubblico perseguito per il tramite dell'esercizio di potere amministrativo, ben potendo essere il danno patrimonialmente valutabile meramente eventuale (contrariamente a quanto sostenuto da parte appellante – pag. 179 app. – secondo la quale "un danno vi debba comunque essere").

Né l'evento oggettivo costituente illecito può essere scriminato, sul piano della responsabilità da una affermata (ma non dimostrata) coerenza del maggior prezzo praticato in sede di compravendita con la "corretta applicazione delle norme e dei principi in materia di alloggi PEEP".

Da ultimo, sulla base delle considerazioni innanzi esposte esaminando il motivo sub lett. d), deve essere rigettato anche il motivo di impugnazione sub lett. g) dell'esposizione in fatto, secondo il quale "le norme e gli atti amministrativi devono preoccuparsi anche . . . di consentire all'assegnatario

dell'area di ottenere – attraverso l'assegnazione degli alloggi – il recupero di tutte le spese sostenute ed anche un margine di utile”, con la conseguenza che “ove ciò non si realizzi, si può fondatamente denunciare la nullità della convenzione per assenza di causa”.

Giova osservare che il prezzo definito è solo uno degli elementi del contenuto contrattuale, laddove l'interesse (i motivi, peraltro normalmente irrilevanti) che inducono il contraente privato alla stipulazione del contratto, ben possono essere più ampi del mero conseguimento di un arricchimento causalmente giustificato, per il tramite della realizzazione e vendita degli alloggi. Né l'appellante chiarisce in che senso la supposta assenza di un prezzo remunerativo influirebbe sulla causa del contratto, rendendola nulla.

12.6. Alla luce di quanto statuito in ordine ai motivi di appello principali innanzi esaminati, appare superfluo procedere all'esame del motivo dell'appello incidentale sub lett. ff), con il quale il Comune di Scandicci – pur concordando con la sentenza laddove essa conclude escludendo che la violazione dei prezzi di cessione sia la conseguenza di “una patologia funzionale del rapporto obbligatorio che ne ha, sostanzialmente, impedito l'adempimento” – contesta in ogni caso che l'aumento dei costi sia dovuto, anche solo in parte, a “presunte sostanziali modifiche apportate al progetto iniziale chieste ed approvate dal Comune”, ovvero che il detto aumento sia dovuto anche “alla concomitanza di una serie di fattori obiettivi di aumento dei costi, a partire dall'incremento dei prezzi successivo al passaggio dalla lira all'euro, per proseguire con l'entrata in vigore di normative tecniche in campo idraulico-termoacustico e di sicurezza, tutte comportanti maggiori oneri costruttivi”.

13. Un quarto ordine di questioni concernenti la presente controversia riguarda la determinazione in concreto della penale, o meglio del prezzo di cessione, con riferimento ai singoli elementi a tal fine considerati.

A tale aspetto vanno riferiti i motivi sub lett. h), i), l), m) e n) dell'appello principale, e sub lett. dd) ed ee) dell'appello incidentale.

13.1. Con il primo dei motivi innanzi indicasti (sub lett. h), l'appellante lamenta la esorbitanza ed irragionevolezza degli importi (quale che sia la natura del titolo) richiesti dal Comune di Scandicci; e ciò in quanto “anche alle conseguenze patrimoniali sfavorevoli inserite nelle convenzioni stipulate tra l'amministrazione ed i soggetti privati – aventi natura di accordi ex art. 11 l. n. 241/1990 – si applicano i principi di proporzionalità”, con la conseguenza che il giudice “avrebbe dovuto ridurre la sanzione o penale, anche ai sensi dell'art. 1384 c.c., in quanto di misura assolutamente arbitraria ed esorbitante, anche in relazione all'interesse oggettivo del preteso creditore (l'amministrazione comunale)”.

Il Collegio ritiene che la natura di sanzione, riconosciuta alla penale di cui all'art. 9 della Convenzione, escluda l'applicabilità dell'art. 1384 c.c., invocato dall'appellante principale.

Tale disposizione, nel prevedere che la penale possa essere equamente diminuita dal giudice “se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte ovvero se l'ammontare della penale è manifestamente eccessivo, avuto sempre riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento”, presuppone, a tutta evidenza, una considerazione della penale quale misura di liquidazione anticipata e forfetizzata del danno.

Solo in tale contesto possono, infatti, trovare applicazione i principi elaborati dalla giurisprudenza, secondo i quali il giudice, nell'esplicitare le ragioni della riduzione, deve tenere conto – sulla base egli elementi allegati dalla parte a riprova dell'eccessività della penale (Cass. civ., sez. III, 4 ottobre 2013 n. 22747) - dell'originaria volontà contrattuale e del loro complessivo comportamento, ed in particolare dell'interesse del creditore all'adempimento (Cass. civ., sez. VI, 2 luglio 2016 n. 13902), tenendo altresì conto dell'effettiva incidenza dell'adempimento sullo squilibrio delle

prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, a prescindere da una rigida ed esclusiva correlazione con l'effettiva entità del danno subito (Cass. civ., sez. VI, 7 settembre 2015 n. 17731).

Al contrario, qualora si intendesse fare applicazione del principio di riduzione equitativa della penale anche per le sanzioni, il giudice interverrebbe, per un verso, sul contenuto precettivo della norma che prevede la sanzione (ad esempio, nel caso in cui la riducesse oltre il minimo previsto), per altro verso, eserciterebbe indebitamente un potere discrezionale attribuito all'amministrazione.

Al contrario, con riferimento alle sanzioni pecuniarie rientra nei poteri del giudice non già la riduzione della misura della sanzione concretamente irrogata, quanto la verifica, ai sensi dell'art. 11 l. n. 689/1981, del rispetto del principio di proporzionalità in sede di quantificazione concreta della misura della sanzione e, dunque, del corretto esercizio del potere discrezionale da parte dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. 4 aprile 2011 n. 2099).

L'art. 11 citato è norma espressiva di un principio generale di proporzionalità, volto a massimizzare la tutela dell'interesse pubblico con il minimo sacrificio possibile dell'interesse privato, e che va costruito, in ambito sanzionatorio, come principio di giusta retribuzione, da osservare nella reintegrazione dell'ordine giuridico violato, tenendo tra l'altro conto della complessiva personalità dell'autore della violazione e delle sue condizioni economiche (Cons. Stato, sez. VI, 12 luglio 2011 n. 4202 e 27 ottobre 2011 n. 5785).

Tuttavia, quanto ora esposto trova applicazione, come si è detto, nell'esercizio in concreto del potere discrezionale dell'amministrazione di determinazione della sanzione entro i limiti minimi e massimi normativamente previsti, esercizio sottoposto al controllo del giudice entro i limiti del sindacato giurisdizionale di legittimità..

Nel caso di specie, l'amministrazione ha già affermato in via generale e preventiva, con ciò autolimitando la propria discrezionalità, che nelle ipotesi di violazione prevista dall'art. 9, la penale sarebbe stata applicata nel minimo (delibera Giunta Comunale 13 settembre 2011 n. 162).

Ciò comporta che – escluso un potere di riduzione della misura della sanzione da parte del giudice in via equitativa – non sussistono i presupposti per la verifica della legittimità del potere discrezionale amministrativo in sede di determinazione concreta della misura della sanzione pecuniaria.

Per le ragioni sin qui esposte, il motivo di appello principale sub lett. h) dell'esposizione in fatto, deve essere respinto.

13.2. Con il motivo sub lett. i) l'appellante ritiene che la sentenza deve essere censurata “nella parte in cui non assume la superficie complessiva effettivamente realizzata (“Sc”)” ai fini del calcolo del prezzo (e dunque della conseguente penalità). Inoltre, la sentenza è contestata per il fatto che “non contiene l'integrale valutazione delle superfici extrasagoma (quindi senza la limitazione del 50% effettuata dal CTU) e non computa correttamente i vani scala, le mansarde ed i terrazzi e le coperture piane in copertura (e quindi recepisce le riduzioni operate dal CTU)”.

Quanto alla sua prima parte, il motivo di appello si presenta come censura della sentenza, nella misura in cui la stessa – stante la sua equivocità sul punto – possa essere interpretata nel senso che la stessa consideri, ai fini del calcolo della superficie onde definire il prezzo di cessione, una delle due superfici indicate dal CTU, e precisamente la (meno vantaggiosa per parte appellante) “Sc\*” rispetto alla (più vantaggiosa) “Sc”.

La sentenza impugnata (nell'accogliere, peraltro, proprio un motivo di ricorso proposto dall'attuale appellante), ponendosi anche in parziale difformità dalle conclusioni rassegnate dal CTU, ha affermato che l'art. 9 della convenzione “prevede espressamente l'impegno . . . ad alienare gli

alloggi realizzati al prezzo massimo derivante dall'applicazione del prezzo unitario massimo prestabilito per mq. di superficie complessiva (D.M. 5 agosto 1994, art. 6)” (pag. 56 sent.).

Secondo il predetto art. 6, “la superficie complessiva (Sc) è costituita dalla superficie utile abitabile aumentata del 60% della somma della superficie non residenziale e della superficie parcheggi”.

Giova osservare che:

- per “superficie utile abitabile” deve intendersi “la superficie di pavimento degli alloggi misurata al netto dei muri perimetrali e di quelli interni, delle soglie di passaggio e degli sguinci di porte e finestre”;
- per “superficie non residenziale” deve intendersi “la superficie risultante dalla somma delle superfici di pertinenza degli alloggi – quali logge, balconi, cantinole e soffitto – e di quelle di pertinenza dell’organismo abitativo – quali androne d’ingresso, porticati liberi, volumi tecnici, centrali termiche e altri locali a servizio della residenza, misurato al netto dei muri perimetrali e di quelli interni”;
- per “superficie complessiva” deve intendersi la superficie risultante “dalla superficie utile abitabile aumentata del 60% della somma della superficie non residenziale e della superficie parcheggi”.

Tanto precisato, anche alla luce delle argomentazioni emergenti dalla corretta lettura della sentenza impugnata e di quanto previsto dalla convenzione e dal richiamato D.M. 5 agosto 1994, deve ritenersi che la “superficie complessiva”, da assumere a base di calcolo per definire il costo di alienazione degli alloggi, è costituita dalla somma degli addendi rappresentati: a) dalla superficie utile abitabile e b) dal 60% della somma della superficie non residenziale e della superficie parcheggi, prese ciascuna di esse per intero secondo le modalità di calcolo prescritte.

Si intende affermare, per maggior chiarezza, che il 60% della somma della superficie non residenziale e della superficie parcheggi deve essere calcolata

sul valore assoluto di detta somma, e non già calcolato entro il limite del 60% della superficie utile

Tanto precisato in ordine all'esatta lettura della sentenza impugnata, in questi termini risulta infondato il profilo del motivo in esame, nella parte in cui con esso si censura la definizione della superficie complessiva da valutarsi ai fini della definizione del prezzo di cessione.

Non possono, invece, trovare accoglimento gli ulteriori profili del motivo di appello, poiché, per un verso, non appare riconoscibile, ai fini ora in esame, una superficie non residenziale eccedente la misura del 60%, per altro verso non appare coerente con quanto convenzionalmente previsto una determinazione delle superfici extrasagoma, vani scala, mansarde e terrazzi, diversa da quella emergente dalla CTU.

Le considerazioni sin qui espresse costituiscono anche le ragioni del rigetto del motivo dell'appello incidentale sub lett. dd), con il quale si censura la sentenza nella parte in cui essa, fondandosi sulla CTU, determina "un errato computo della superficie complessiva, ivi indicata come Sc\*, presa a riferimento per il calcolo del prezzo di cessione come da convenzione".

13.3. Con il motivo sub lett. l) dell'esposizione in fatto, l'appellante censura la sentenza in quanto non sono state considerate le migliorie di cui all'art. 6, primo comma, lett. f) della convenzione, posto che esse "sono state la conseguenza o di normative (tecniche e del corretto costruire) sopravvenute, o della diversa progettazione imposta dall'amministrazione comunale, oppure di carenze del PEEP messo a bando".

Anche tale motivo è infondato, nei sensi di seguito esposti..

L'art. 6, lett. f) della convenzione prevede la possibilità di apportare migliorie rispetto agli *standards* costruttivi, per quanto riguarda le dotazioni impiantistiche, il risparmio energetico, la qualità prestazionale degli edifici".

Orbene, mentre le cd. "migliorie personali" sono da considerare elementi indipendenti dal prezzo definito di cessione (e quindi non computabili ai

fini di determinazione della sanzione) - così come riconosciuto dalla stessa sentenza impugnata in accoglimento di uno specifico motivo di ricorso - le migliorie rispetto agli *standards*, così come affermato in sentenza, costituiscono miglioramenti facoltativi da apportarsi entro il limite, tenuto fermo, del prezzo massimo.

Deve tuttavia precisarsi – in tal senso integrando l’interpretazione offerta in sentenza delle cd. “migliorie personali” – che, nelle ipotesi in cui l’acquirente accetti espressamente in sede contrattuale aumenti di prezzo derivanti da migliorie facoltative, in quanto rispondenti alla propria volontà di “miglioramento individuale” del proprio alloggio, non vi è ragione di escludere queste ultime dalle “integrazioni costruttive concordate” (pag. 57 sent.), e, dunque, considerarle “migliorie personali”.

Ovviamente, in caso contrario, tali migliorie non potranno essere considerate come “personali”, se non violando l’art. 9 della convenzione.

Quanto ora precisato in termini di “migliorie personali” fonda anche il rigetto del motivo di appello sub lett. m), nonché il rigetto del motivo sub lett. ee2) dell’appello incidentale, essendo del tutto evidente che le migliorie personali, in quanto tali, devono essere “volute” e dunque “accettate” dagli acquirenti, risolvendosi la documentazione di ciò in un aspetto probatorio specifico, che non inficia la pronuncia.

Risulta altresì infondato il motivo sub ee3) dell’appello incidentale, poiché il metodo di accertamento dei maggiori oneri di esproprio costituisce modalità attuativa, che non inficia il capo della pronuncia.

Tutte le argomentazioni sin qui esposte fondano altresì il rigetto del motivo di appello sub lett. n) dell’esposizione in fatto, motivo peraltro a contenuto meramente ricognitivo dell’esatto decisum della sentenza.

13.4 Anche il residuo motivo dell’appello incidentale sub lett. ee1) è infondato e deve essere, pertanto, respinto.

Si sostiene con tale motivo che l’aggiornamento del prezzo di cessione

degli alloggi mediante applicazione dell'indice ISTAT è stato fatto decorrere dall'aprile 1999 e non già dal gennaio 2000. Tuttavia, occorre osservare che ciò si ricava dalla CTU, ma non costituisce punto di decisione della sentenza, la quale ha sempre riconosciuto, ai fini della definizione del prezzo di cessione, l'applicazione dell'art. 9 della Convenzione e, dunque, l'aggiornamento dei prezzi di cessione "attraverso l'applicazione dell'indice ISTAT dei prezzi al consumo per famiglie di operai ed impiegati riferito alla Provincia di Firenze", a decorrere dalla data della deliberazione del Consiglio comunale n. 4 del 18 gennaio 2000.

14 Per tutte le ragioni esposte, l'appello principale deve essere respinto, nei sensi innanzi esposti (e con i limiti dell'accoglimento dei motivi indicati sub lett. a) in parte e sub lett. c), tuttavia ininfluenti ai fini della riforma della decisione, per le ragioni esposte in motivazione.

Deve essere altresì respinto l'appello incidentale proposto dal Comune di Scandicci.

Di conseguenza, trova conferma la sentenza impugnata, con la diversa motivazione innanzi esplicitata.

Stante la complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello proposto da Unica – Società cooperativa di abitazione (n. 1821/2015 r.g.):

- a) rigetta l'appello, nei sensi e limiti indicati in motivazione;
- b) rigetta l'appello incidentale proposto dal Comune di Scandicci;
- c) per l'effetto, conferma, con diversa motivazione, la sentenza impugnata;
- d) compensa tra le parti le spese ed onorari del presente grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2016

con l'intervento dei magistrati:

Antonino Anastasi, Presidente

Fabio Taormina, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

**L'ESTENSORE**  
**Oberdan Forlenza**

**IL PRESIDENTE**  
**Antonino Anastasi**

IL SEGRETARIO